

Das Verbot
der reformatio in peius
im
schweizerischen Strafprozeßrecht

DISSERTATION
der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte

vorgelegt von
NICOLAUS BERNOULLI
von Basel

Genehmigt auf Antrag von Herrn Prof. Dr. H. F. Pfenninger

Verlag P. G. Keller — Winterthur 1953

Das Verbot
der reformatio in peius
im
schweizerischen Strafprozeßrecht

DISSERTATION
der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte

vorgelegt von
NICOLAUS BERNOULLI
von Basel

Genehmigt auf Antrag von Herrn Prof. Dr. H. F. Pfenninger

Verlag P. G. Keller — Winterthur 1953

Die Recht- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 20. Juni 1953

Der Dekan:

Prof. Dr. W. Bickel



MEINEN ELTERN



Digitized by the Internet Archive
in 2026

INHALTSVERZEICHNIS

I. Begriff und Wesen der reformatio in peius	
1. Begriff	1
2. Voraussetzungen des Verbots	5
3. Begründung des Verbotes	9
II. Entwicklungsgeschichte des Verbotes	
1. Der Ursprung des V.r.i.p. und seine Entwicklung in Frankreich	10
2. Deutschland	12
3. Österreich	13
4. Italien	14
5. England	14
6. Schweiz	15
III. Das Verbot der reformatio in peius im geltenden Recht	
1. Ausdrückliche Anerkennung	17
2. Schweigen des Gesetzes	21
IV. Ausgestaltung im einzelnen	
1. Gilt das Verbot für alle Rechtsmittel?	23
2. Gilt das Verbot für alle Prozessparteien?	26
3. Verschärfung der Strafe im Straf- und Schuldpunkt	29
4. Das Verbot der reformatio in peius und die einzelnen Strafarten	37
5. Besonderes Problem der Nebenstrafen und sichernden Massnahmen	40
6. Frage der Gesamtstrafe	42
7. Bedingter Strafvoilzug	44
8. Anrechnung der Untersuchungshaft	45
V. Grundsätzliche Stellungnahme zum Verbot überhaupt	
1. Die Herleitung aus dem Dispositionsprinzip und die Theorie der relativen Rechtskraft	46
2. Die Herleitung des Verbots aus Billigkeitsrücksichten	54
3. Das Prinzip der materiellen Wahrheitserforschung	57
4. Zusammenfassung	61

LITERATURVERZEICHNIS

- Abegg, F. H. „Lehrbuch des gemeinen Criminalprozesses“, Königsberg 1833.
- Andres, „Das Rechtsmittel der Revision im Bundesstrafprozeß“, Diss. Bern 1935.
- Arnold, „Unbedingte Unzulässigkeit der reformatio in peius“, Gerichtssaal Band X, Heft 3, S. 207 ff. Erlangen 1858.
- Bennecke-Beling, „Lehrbuch des deutschen Reichsstrafprozesses“, Breslau 1900.
- Binding, Karl, „Grundriß des deutschen Strafprozeßrechtes“, 5. Aufl. Leipzig 1904.
- Birkmeyer, Karl, „Deutsches Strafprozeßrecht“, Berlin 1898.
- Bohn, Gerhard, „Das Strafverfahren des Kt. Schaffhausen“, Diss. Zürich 1938.
- Borsani e Casorati, „Codice di Procedura Penale Italiano“, Band IV. Milano 1880.
- Brügger, Walter, „Die Rechtsmittel der soloth. Strafprozeßordng.“, Diss. Zürich 1943.
- Brachvogel, Otto, „Zulässigkeit der reformatio in peius“, Zeitschr. f. Strafrechtswissenschaften. Band 13. Berlin 1893.
- Bromberg, Henry, „Das Rechtsmittelwesen in England und Schottland“ in „Beiträge zur Reform des Strafprozesses“, Band II. Berlin 1908.
- Burgener, François, „L'appel en procédure pénale valaisanne“, Diss. Bern 1937.
- Dohna, Alexander, Graf zu, „Das Strafprozeßrecht“, Berlin 1925.
- Faustin-Hélie, „Traité de l'instruction criminelle“, Bände VIII und IX. Paris 1858.
- Feisenberger, Albert, „Strafprozeßordng. u. Gerichtsverfahrgesetz“, Berlin und Leipzig 1926.
- Felder, Rupert, „Die Appellation im luzern. Strafrechtsverfahren“, Diss. Bern 1945.
- Garraud, R., „Précis de droit criminel“, Paris 1926.
- Gerau, „Über das Rechtsmittel der Appellation im Strafprozeß“, Archiv des Criminalrechts 1854.
- Gerber, Hans, „Das Verbot der reformatio in peius im Reichsstrafpr.“, Heft 165 der „Strafrechtlichen Abhandlungen“.
- Gerland, Heinrich, „Der deutsche Strafprozeß“, Mannheim, Berlin, Leipzig 1927.
- Glaser, Julius, „Handbuch des Strafprozesses“, I. Band in Bindings „Handbuch der Rechtswissenschaften“, Leipzig 1883.
- Glaser, Julius, „Anklage, Wahrspruch und Rechtsmittel im engl. Schwurgerichtsverfahren“, Erlangen 1866.
- Glaser, Julius, „Das englisch-schottische Strafverfahren“, Wien 1850.
- Gönnér, „Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses“, Erlangen 1802.
- Gut, Hans, „Die Kassationsbeschwerde im eidgen. Strafprozeß“, Diss. Zürich 1929.
- Hertz, Ed., „Voltaire und die franz. Strafrechtspflege im 18. Jahrh.“, Stuttgart 1887.
- von Hippel, Robert, „Der deutsche Strafprozeß“, Marburg 1941.
- Itten-Bertha, „Studien zum zugerischen Strafprozess und seiner Reform“, Diss. Fribourg 1939.
- Kathriner Emil, „Die Strafrechtspflege im Kanton Obwalden nach Gesetz und Praxis“, Diss. Bern 1939.
- Kleinfeller, Georg, „Das Verbot der reformatio in peius“, Gerichtssaal XXXVIII 1886, S. 579 ff. Stuttgart.

- Kohlrausch, Ed., „Strafprozeßordnung u. Gerichtsverfahrengesetz“. Berlin und Leipzig 1933.
- von Kries, August, „Lehrbuch des deutschen Strafprozesses“. Freiburg i. Br. 1892.
- Lauckner, Rolf, „Zur Geschichte und Dogmatik der reformatio in peius“. Strafrechtl. Abhandl. Heft 171. Breslau 1913.
- von Lilienthal, „Reformatio in peius“. Holtzendorfs Rechtslexikon, S. 315 ff. Leipzig 1881.
- Lohsing, „Österreichisches Strafprozeßrecht“. Wien 1932.
- Löwe-Rosenberg, „Die Strafprozeßordnung für das deutsche Reich“. Berlin und Leipzig 1933.
- Lüssy, Felix, „Die Appellation im Basler Strafprozeß“. Z. S. R. n. F. Band 31, S. 1 ff.
- Lüthy, Werner, „Die Gesetzgebung der Helvetischen Republik über die Strafrechtspflege“. Bern 1938.
- Mayer, S., „Kommentar zur österr. Strafprozeßordnung. Wien 1884.
- Metz, Peter, „Die Rechtsmittel im bündnerischen Strafprozeß“. Diss. Zürich 1939.
- Meyer, Walter, „Zur Revision der Basler Strafprozeßordnung“. SZStR. 1933, S. 22 ff.
- Mumm, Ernst, „Strafprozessuale Fragen“. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft. XXII. Band, S. 713 ff. 1902.
- Norden, „Zum Verbot der reformatio in peius“. Zeitschrift für Strafrechtswissenschaften XXIX. 1909.
- Pfenninger, H. F., „Das Materialprinzip des modernen Strafprozeßrechts“. ZStR. XXXI, S. 61 ff.
- Pfenninger, H. F., „Die zürcherische Strafprozeßreform.„ ZStR. XXXII, S. 340 ff.
- Planck, J. W. „Systemat. Darstellung des deutschen Strafverf.“. Göttingen 1857.
- Probst, Fritz, „Die Appellation des Strafverfahrens des Kt. Bern“. Diss. Bern 1932.
- Schwarze, Oskar, „Über den Devolutiveffekt der Rechtsmittel, insbes. gegenüber dem Verbot der ref. in p.“. Gerichtssaal XIV. 1862.
- Schwendener, Kurt, „Das Rechtsmittel der Berufung im schweiz. Strafprozeßrecht“. Diss. Zürich 1928.
- Seuffert, Hermann, „Die reformatio in peius im neueren, insbes. im bayrischen Strafprozeß“. München 1861.
- Sträuli, Hans, Kommentare zu den zürcherischen Strafprozeßordnungen von 1874 und 1914.
- Streiff, Heinr., „Die Strafrechtspflege des Kantons Glarus“. Diss. Zürich 1948.
- Thode, Karl, „Das Verbot der reformatio in peius“, Diss. Göttingen 1896.
- Ullmann, Em., „Das österreichische Strafprozessrecht“. Innsbruck 1897.
- (Verfasser ungenannt), „Über die Einführung zweyer Instanzen in Criminalprozessen im Kanton Zürich“. Zürich 1830.
- Waiblinger, „Das Strafverfahren für den Kanton Bern“. Langenthal 1937.
- Weber, G. M., „Über die Appellation in Criminalsachen“. Würzburg und Bamberg 1805.
- Werder, Bruno, „Das Rechtsmittelsystem des aargauischen Strafprozeßrechtes“. Diss. Bern 1931.
- Weydmann, H., „Übersicht über Organisation und Gang des Strafverfahrens in Appenzell-Inner-Rhoden“. ZStR. XIV. 1901.
- Zurbrugg, Friedr., „Zulässigkeit und Umfang der Appellation“, Diss. Bern 1920.

Zeitschriften, Entscheide

- Entscheidungen des Bundesgerichtes, Amtliche Sammlung, Lausanne, 1876 ff. (BGE).
Entscheide des Eidgenössischen Militärgerichtes, herausgegeben im Auftrage des Eidgen. Militärdepartementes, Militärdruckschriftenbureau, 4 Bände (seit 1915).
Entscheide der strafrechtlichen Kommission des Eidgen. Volkswirtschaftsdepartementes, Verlag Schulthess, Zürich. 1939—46.
Schweizerische Juristen-Zeitung, Publikationsorgan des Schweizerischen Anwaltsverbandes. Zürich 1904 ff. (SJZ).
Zeitschrift für schweizerisches Recht. Basel 1852 ff. (ZSR).
Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, Bern 1938 ff. (1888 bis 1937 Zeitschrift für Schweizer Strafrecht).
Zeitschrift des bernischen Juristenvereins. Bern 1864 ff.. (ZBJ).
Vierteljahrsschrift für aargauische Rechtsprechung, herausgegeben vom Obergericht des Kantons Aargau. 1900 ff. (VÄR).
Blätter für zürcherische Rechtsprechung, herausgegeben von Mitgliedern des zürch. Obergerichtes. Zürich (Orell-Füssli) 1902 ff.
Entscheidungen des Basler Appellationsgerichtes. Basel 1907 ff.
Praxis des Kantonsgerichtes von Graubünden. Chur 1934 ff.
Archiv für preußisches Strafrecht, herausgegeben durch Dr. Goltdammer. Berlin 1852 ff.

I. Begriff und Wesen der reformatio in peius

1. Begriff

Sprechen wir von reformatio in peius im Strafprozeß, so setzen wir automatisch auch Rechtsmittel voraus. Voraussetzung ist ein Urteil, denn „reformatio“ bedeutet „Abänderung eines gerichtlichen Urteils“. Reformatio in peius ist die (zweitinstanzliche) Abänderung eines (erstinstanzlichen) Urteils, und zwar zu Ungunsten (in peius) derjenigen Partei, welche das Rechtsmittel eingelegt hat.

Ohne die Existenz von Rechtsmitteln im Strafprozeß ist also eine reformatio in peius undenkbar. Daß es aber Rechtsmittel im Strafprozeß gibt, war nicht immer eine Selbstverständlichkeit. Zu Beginn des 19. Jahrhunderts sieht sich G. M. Weber bemüßigt, die Möglichkeit einer Appellation zu befürworten¹⁾. Er weist vor allem darauf hin, daß es ungerecht sei, in Zivilsachen „von unbedeutenden fünfzig oder hundert Gulden“ eine Appellation zuzulassen, während in Strafsachen, „wo das ganze Vermögen, Ehre, Freiheit und Leben des Staatsbürgers auf dem Spiele steht“, kein Rechtsmittel möglich sei.

Ebenso setzt sich um die Mitte des 19. Jahrhunderts Gerau²⁾ mit den Gegnern der Appellation auseinander.

Über den Kanton Zürich existiert eine im Jahre 1830 bei Orell Füssli & Co. herausgegebene, sehr aufschlußreiche Schrift (Verfasser ungenannt) „Über die Einführung zweyer Instanzen in Criminal-Prozessen im Kanton Zürich“. Diese Schrift wirft unter anderm die Frage auf, ob für einen so kleinen Staat wie der Kanton Zürich eine hinreichende Basis und taugliches Material vorhanden seien, um eine zweite Instanz wirklich mit Erfolg zur Anwendung bringen zu können. Diesen Gedanken greift übrigens später Lüssy im Zusammenhang mit dem Basler Strafprozeß³⁾ wieder auf: Lüssy will nämlich die Ein-

1) „Über die Appellation in Criminalsachen“, S. 1.

2) „Über das Rechtsmittel der Appellation im Strafprozess“.

3) „Die Appellation im Basler Strafprozeßrecht“, S. 69 ff.

führung eines Verbotes davon abhängig machen, ob vor zweiter Instanz ein wirklich gutes und zuverlässiges Verfahren gesichert sei, ob sich die zweite Instanz genau so gut und lebensnah mit dem Fall des Angeklagten befassen könne, wie die erste.

Die Rechtfertigung einer zweiten Instanz ist also auch damit verknüpft, ob dieser Instanz in der Folge das Vertrauen entgegengebracht wird, daß sie das erstinstanzliche Urteil frei überprüfen und abändern (auch in peius abändern!) kann. Die Quintessenz der ganzen Argumentierung geht dahin, daß man von der zweiten Instanz eine überlegene Qualität gegenüber der ersten fordert. In diesem Sinne äußert sich denn auch die Zürcher Schrift von 1830, und der Verfasser ruft aus: „Man kreire nur Stellen mit einem angemessenen Einkommen, und die Subjekte dazu werden sich gewiß in ziemlich kurzer Zeit bilden!“ (S. 5). Verlangt werden reife Richter mit Erfahrung. Verlangt wird die Öffentlichkeit und Unmittelbarkeit des Verfahrens vor zweiter Instanz, die Unabhängigkeit des Gerichtes.

Heute sind die Rechtsmittel zur Selbstverständlichkeit des Strafprozesses geworden. Auf sie soll im einzelnen weiter unten eingegangen werden. Hier soll nun das Verbot der *reformatio in peius* (in Zukunft abgekürzt: V. r. i. p.) als solches untersucht werden.

A) Ausdrückliches Verbot

Lange nicht alle Kantone der Schweiz haben sich ausdrücklich für oder wider das V.r.i.p. geäußert. Wo dies nicht der Fall ist, muß die Gerichtspraxis zu Hilfe gezogen werden. — Ist aber ein Verbot ausdrücklich in einer Gesetzgebung statuiert, so fragt es sich immer noch, ob jede Verschärfung des Urteils verboten ist oder nur die Erhöhung der Strafe.

a) Verbot jeder Verschärfung

Es muß davon ausgegangen werden, daß ein Strafurteil aus zwei Punkten besteht: Dem Strafpunkt und dem Schuldpunkt. Der Strafpunkt gibt Antwort auf die Frage, ein wie großes Übel dem Täter zugefügt werden soll: Dauer der Freiheitsstrafe, Höhe der Buße. Der Schuldpunkt befaßt sich mit der Qualifizierung des Deliktes: Veruntreuung oder Unterschlagung, Mord oder Totschlag?

Ist im Gesetz das Verbot gegen jede Verschärfung vorgesehen, so darf das Urteil in der zweiten Instanz weder im Strafpunkt noch im

Schuldpunkt verschärft werden. Es kann also schlimmstenfalls genau gleich wie das erstinstanzliche Urteil lauten.

b) Verbot der Verschärfung nur im Schuldpunkt, ohne die Strafe zu berücksichtigen

Im Gegensatz zum Verbot der Verschärfung im Strafpunkt allein, was gleich nachher zu behandeln sein wird, handelt es sich hier darum, das Verbot nur auf die Deliktsqualifikation auszudehnen. Die Strafe könnte daneben also beliebig erhöht werden. Diese Möglichkeit ist jedoch von keinem Theoretiker ins Auge gefaßt worden und kommt auch weder in der Gesetzgebung noch in der Praxis vor. Es wäre auch keine sehr glückliche Lösung, eine Verschärfung der Strafe zuzulassen, zugleich aber eine (eventuelle) Korrektur der Deliktsqualifikation verbieten zu wollen.

Obwohl der Angeklagte auch ein Interesse daran hat, die rechtliche Beurteilung seiner Tat vor zweiter Instanz nicht verschärft zu sehen, konzentriert sich seine Hauptsorge auf die Ausfällung der Strafe selbst.

c) Verbot der Verschärfung im Strafpunkt

Wir können hier gerade am vorher entwickelten Gedankengang anknüpfen: Für den Angeklagten ist es in erster Linie wichtig, daß die Rechtsmittelinstanz die vom ersten Gericht ausgesprochene Strafe nicht erhöht; ob dann dabei die Qualifikation der Tat verschärft wird oder nicht, mag ihm vielleicht weniger wichtig erscheinen. In der Theorie wird deshalb vielfach die Meinung vertreten, es sei mit dem Verbot der Verschärfung im Strafpunkt dem V. r. i. p. durchaus Genüge geleistet. Die schweizerische Gesetzgebung und Praxis hat sich fast ausschließlich auf diesen Standpunkt gestellt.

Nicht alle Strafprozesse, die ein V. r. i. p. vorgesehen haben, äußern sich darüber, wie dieses Verbot nun gehandhabt werden soll. In diesem Fall ist der Gerichtspraxis zu entnehmen, ob sich das Verbot nur auf den Strafpunkt bezieht oder auch auf die Qualifikation. Immerhin gibt es eine Anzahl Kantone, die schon in ihrer Strafprozeßordnung festgelegt haben, wie weit ein V. r. i. p. ausgedehnt werden darf. Am deutlichsten ist dies wohl in der StPO des Kantons Bern der Fall, und der betreffende Artikel (319 Abs. 2) soll hier als Beispiel dienen: Während der erste Absatz von „Abänderung des Urteils“ spricht, setzt der zweite Absatz genauer fest: „Als Abänderung zu Ungunsten des Angeschuldigten gilt jedoch nur die schärfere Bestrafung“.

B) Stillschweigen des Gesetzes

Oft kommt es vor, daß sich die Strafprozeßordnungen überhaupt nicht zu einem V. r. i. p. äußern. Wie soll hier vorgegangen werden? Ist eo ipso auf ein Verbot zu schließen?

Bestimmt wäre es falsch, automatisch ein V. r. i. p. anzunehmen. Als Grundlage sind Sinn und Geist der betreffenden Strafprozeßordnungen zu untersuchen, nach denen sich dann jeweiligen allfällige Gerichtsentscheidungen für den konkreten Fall richten. So hat etwa der waadtländische Code de Procédure Pénale keine Bestimmung über das V. r. i. p., und ein publizierter Entscheid existiert ebensowenig darüber. Nun ist aber gerade der waadtländische Strafprozeß den französischen Ideen über dieses Verfahren zugänglich geworden, und vom Tribunal Cantonal erhielt ich den Bescheid, der Gedanke einer r. i. p. stehe in jedem Sinne im Widerspruch mit dem Geist, welcher den waadtländischen Code inspiriert habe, und der Kassationshof würde nie zulassen, daß ein Angeklagter vor zweiter Instanz eine schärfere Strafe befürchten müsse, wenn er zu seinen Gunsten ein Rechtsmittel eingelegt habe. Für die Ausübung der Gerichtspraxis bei Schweigen des Gesetzes bietet uns der Kanton Basel-Stadt ein gutes Beispiel. (Erst seit 1931 hat die baslerische StPO das V. r. i. p. ausdrücklich eingeführt). Aus dem Schweigen der Basler Gesetze — auch die Motive enthielten keinerlei Bemerkungen — ließ sich nun entweder auf die Absicht der damaligen Gesetzgeber schließen, die r. i. p. im Strafprozeßrecht zu gestatten, oder aber ihre übereinstimmende Anschauung folgte, daß das Verbot einer solchen reformatio mit dem Charakter des Rechtsmittels schlechtweg verknüpft sei und deshalb gar keiner näheren Aufführung bedürfe. Die Praxis des Appellationsgerichtes nahm den letzteren Standpunkt ein. Schon ein Entscheid von 1882 führte aus, daß sich das Gericht an das V. r. i. p. gebunden halte. 1894 ist das von neuem ausgesprochen worden, und in einer Entscheidung von 1910 hieß es: „Es ist ein von der hiesigen Praxis von jeher anerkannter Grundsatz, daß der zweitinstanzliche Richter ein Strafurteil, gegen welches einzig der Verurteilte appelliert hat, nicht zum Nachteil dieses letzteren abändern darf.“)

Für einen gegenteiligen Schluß bei Schweigen des Gesetzes vergleiche etwa Obwalden: Auf eine Anfrage hin wurde mir geschrieben, daß nach herwärtiger Praxis die Appellationsinstanz die Urteile der Vorinstanz nach unten als auch nach oben korrigieren könne. Das bestätigt auch Emil Kathriner in seiner Dissertation „Die Strafrechtspflege im Kanton Obwalden“ (S. 59).

4) Lüssy a. a. O. S. 69 ff.

2. Voraussetzungen des Verbotes

a) Zulässigkeit von Rechtsmitteln

Wie wir bereits gesehen haben, besteht die elementare Voraussetzung des Verbotes in der Existenz von Rechtsmitteln. Ein Rechtsmittel ist die Geltendmachung eines Angriffsrechtes wider eine formell ergangene richterliche Entscheidung behufs ihrer Aufhebung oder Abänderung⁵⁾. Rechtsmittel dienen der Wegbereitung auf der Suche nach gerechten, d. h. dem Gesetze entsprechenden Entscheidungen. Wo eine zweite Instanz sich nochmals mit der Sachlage befassen kann, erscheint die Garantie für ein unabhängiges Verfahren und ein ebensolches Urteil größer. „Vier Augen sehen mehr als zwei“. Diese Erzielung gerechter Entscheidungen liegt im öffentlichen Interesse. Indes braucht nicht so weit gegangen zu werden, jede erstinstanzliche Entscheidung von Amtes wegen durch ein höheres Gericht nochmals überprüfen zu lassen. Man stellt es in das Belieben der Parteien, ob eine zweitinstanzliche Verhandlung stattfinden soll oder nicht. So werden also die Rechtsmittel zu Rechten in der Hand der Prozeßbeteiligten, über welche die letzteren freie Verfügung haben.⁶⁾

Die Anfechtung kann sich auf einen Fehler in der Urteilsfällung, einen *error in iudicando*, beziehen, also falsche Anwendung materiellen Rechts, oder materielle Unrichtigkeit, weil auf falscher tatsächlicher Grundlage aufgebaut. Hier wird es sich wohl darum handeln, dem Mangel durch die Fällung eines neuen Urteils abzuhelpen; diese Urteilsfällung geschieht durch ein unabhängiges zweitinstanzliches Gericht. — Bezieht sich die Anfechtung auf das Verfahren selbst (*error in procedendo*), erscheint also die fehlerhaft befundene Verhandlung als ungenügende Grundlage des ersten Urteils, so soll diesem Mangel durch eine Wiederholung des Verfahrens unter Vermeidung des gerügten Fehlers abgeholfen werden. In diesem Falle muß das erste Urteil von einer zweiten, unabhängigen Instanz kassiert werden.

Obwohl die Appellation (Berufung) das weitgehendste Rechtsmittel ist, mit dem alle Rechtsmängel gerügt werden können, wird sie in erster Linie benutzt, um Mängel des materiellen Rechts zu beanstanden. Die Berufung ist ein an eine bestimmte Frist gebundenes, suspensives Rechtsmittel, d. h. innerhalb der Frist (z. B. 10 Tage), während der die Berufung eingereicht werden kann, tritt noch keine Rechtskraft des erstinstanzlichen Urteils ein. Die Berufungsinstanz beurteilt den Prozeßstoff daraufhin von ihrem Standpunkt aus aufs neue und fällt ein entsprechendes Urteil.

5) Binding, „Grundriss des deutschen Strafprozessrechtes“. S. 231.

6) Birkmeyer, „Deutsches Strafprozeßrecht“. S. 687.

Die Nichtigkeitsbeschwerde (Kassation) ist in erster Linie für die Rüge von Rechtsmängeln gedacht (error in procedendo, im Gegensatz zu error in iudicando). Ihre Wirkung ist im allgemeinen suspensiv. Die Kassationsinstanz prüft, ob der Rechtsmangel des Verfahrens gegeben ist, und weist die Sache, wenn sie den Kassationsgrund für gegeben erachtet, an die zuständige Instanz zur Neuurteilung zurück. Andernfalls tritt das erstinstanzliche Urteil in Kraft.

Die Revision schließlich dient der Wiederaufnahme des Verfahrens und ist an keine Frist gebunden. In einzelnen, vom Gesetz aufgezählten Fällen, kann also die abermalige Untersuchung und Aburteilung einer bereits rechtskräftig entschiedenen Sache erzielt werden. Die Revision ist also nicht Entscheidung über Richtigkeit oder Unrichtigkeit eines früheren Urteils, sondern eine neue Hauptverhandlung, wenn möglich mit erweiterten Beweismitteln. Diese ist von der früheren durchaus unabhängig und sachlich so zu handhaben, als wenn die frühere gar nicht stattgefunden hätte. Grundgedanke ist, daß das starre Prinzip der Rechtskraft eine Schranke finden muß, wo sie zum offenkundigen Unrecht würde.

b) Der Strafprozeß als Parteiprozeß

Die Parteien im Strafprozeß sind der Staatsanwalt und der Angeklagte. Daneben kann sich noch adhäsionsweise der Geschädigte einschalten. Dieser Anspruch des Geschädigten ist eigentlich ein zivilrechtlicher, aber aus Gründen der Prozeßökonomie wurde es ermöglicht, auch im Strafprozeß zivilrechtliche Ansprüche zu machen (sofern die Untersuchung derselben nicht zu kompliziert und zu weitschichtig wird). Da es sich für den Geschädigten um einen Zivilprozeß handelt, gilt für ihn der der Parteimaxime entspringende Satz: *Ne eat iudex ultra petita partium*. Der Richter darf der Partei nicht mehr und nichts anderes zusprechen als das, was sie verlangt. Darin ist *implicite* schon ein *V. r. i. p.* enthalten.

Wie wir oben festgehalten haben, ist die Gegenpartei des Angeklagten der öffentliche Ankläger, der Staatsanwalt. Diese Verteilung der Rollen hat sich seit der Einführung des Akkusationsprozesses deutlich abgezeichnet, der verhindern wollte, daß der Richter zugleich Ankläger sei (Inquisitionsprozeß), und in der Staatsanwaltschaft ein Instrument schuf, das die Anklage vors Gericht bringt und Für und Wider sorgfältig abwägen soll.

Nun hat dadurch der moderne Strafprozeß eine Annäherung an den Zivilprozeß erhalten, vor allem durch das äußere Bild, daß zwei Parteien vor dem Richter in Aktion treten und dieser das Urteil auf erho-

bene Klage hin zu finden hat. Hingegen bestehen drei grundlegende Unterschiede zwischen Zivilprozeß und Strafprozeß: Im Zivilprozeß sind Kläger und Beklagter gleichwertige Parteien, während im Strafprozeß der Staat als Kläger dem Privaten als Angeklagten gegenübertritt und mit ganz andern Rechtsmitteln ausgerüstet ist als der private Kläger im Zivilprozeß. Sodann sind im Zivilprozeß die Interessen beider Parteien subjektiv orientiert, während im Strafprozeß der Staat als die eine Partei die Sachlage objektiv zu beurteilen hat. Schließlich — und das interessiert uns am meisten — handelt es sich im Zivilprozeß um Einzelinteressen, weshalb Verhandlungsmaxime und formelle oder Parteiwahrheit. Im Strafprozeß hingegen werden öffentliche Interessen berührt, was Offizialmaxime und das Forschen nach materieller Wahrheit fordert.

Im Zivilprozeß ist der Richter also an die Anträge der Parteien gebunden, er darf einer Partei nicht mehr und nichts anderes zusprechen als das, was sie verlangt: „Ne eat iudex ultra petita partium“. Es ergibt sich daraus von selbst, daß eine r. i. p. hier gar nicht möglich ist, denn der Richter kann sich mit der Parteiwahrheit begnügen und ist vor allem an den Parteiantrag gebunden.

Anders hingegen im Strafprozeß, wo der Richter die Pflicht hat, nach der materiellen Wahrheit zu forschen. Hierbei nun kann es geschehen, daß die Appellationsinstanz — auf Appellation des Angeklagten hin — die Sachlage anders (strenger) beurteilt als die erste Instanz, und hier setzt nun die Frage ein, ob das Urteil auch zu Ungunsten der appellierenden Partei abgeändert werden darf.

Es ist deshalb schon vorgeschlagen worden⁷⁾, die Offizialmaxime im Strafprozeß nur in der ersten Instanz gelten zu lassen, die zweite Instanz aber von den Parteianträgen abhängig zu machen. Wir werden darauf noch in anderem Zusammenhange zu sprechen kommen. Im Moment gilt es, Bedeutung und Tätigkeit der beiden Parteien im Strafprozeß kennen zu lernen und zugleich damit die Aufgabe des V. r. i. p. zu erörtern.

Im Zusammenhange mit dem V. r. i. p. ist die Stellung des ANGEKLAGTEN weitaus am wichtigsten. Wegen ihm wurde für die Rechtsmittelinstanzen das Verbot überhaupt erst aufgestellt, weil man sich sagte, man dürfe den vor zweiter Instanz auf mildere Beurteilung hoffenden Angeklagten nicht noch ein härteres Urteil entgegenstellen. Die Rechtsmittel stehen beiden Parteien zu, dem Angeklagten wie der Staatsanwaltschaft. Würde hierbei das V. r. i. p. konsequent durchgeführt, so dürfte kein Rechtsmittel, das die eine oder

7) Birkmeyer, „Deutsches Strafprozeßrecht“. S. 78.
Kohlrausch, „Strafprozeßordnung u. Gerichtsverfassungsgesetz“. S. 17.

andere Partei zu ihren Gunsten eingelegt hat, sich zu deren Nachteil auswirken. Die Gesetzgebungen haben aber das Verbot sehr oft nur gegenüber dem Angeklagten gelten lassen; denn bei näherem Zusehen sind die Rollen beider Parteien — auch wenn das Verfahren in Form des Akkusationsprozesses aufgezogen ist — sehr verschiedene; wir werden das vor allem bei der Behandlung der Staatsanwaltschaft sehen.

Für den Angeklagten bleibt die Tatsache bestehen, daß er das Rechtsmittel in der Hoffnung ergreift, vor zweiter Instanz eine mildere Beurteilung zu erfahren, und sich in diesem Sinne am ehesten ihm gegenüber ein V. r. i. p. rechtfertigt.

Eine wichtige Rolle kommt der STAATSANWALTSCHAFT zu bei der Appellation. Sie kann als Gegenpartei des Angeklagten bezeichnet werden, doch gilt das nicht im strengen Sinne, da sie als Repräsentantin der Öffentlichkeit auch die zugunsten des Angeklagten sprechenden Momente zu berücksichtigen hat. Da demzufolge ihre Stellung anders ist als die des Angeklagten, so erhebt sich die berechtigte Frage, ob das V. r. i. p. auch gegenüber der Staatsanwaltschaft Geltung haben sollte, und das wird in der Literatur fast durchwegs verneint, da kein subjektives Interesse vorhanden ist. Es wird also darauf hin tendiert, daß bei einer Rechtsmittelergreifung des Staatsanwaltes zu ungunsten des Angeklagten die zweite Instanz nicht an diesen Antrag gebunden ist.

Die Staatsanwaltschaft tritt zwar formell dem Angeklagten als Partei gegenüber, hingegen ist sie zugleich auch Vertreterin des Staates, und als solche an einem gerechten Urteil interessiert. Sie müßte sich also in jedem Falle dem oberinstanzlichen Urteil als demjenigen der besser qualifizierten Richter beugen, denn für sie ist das zweitinstanzliche Urteil immer eine Verbesserung, eine „reformatio in melius“.⁸⁾ Das Interesse des Staates im Strafprozeß ist ausschließlich die unparteiische und erschöpfende Wahrheitsforschung, an der sich auch die Staatsanwaltschaft zu beteiligen hat. Der Staat hat ein ebenso großes Interesse daran, daß kein Unschuldiger verurteilt werde, als daran, daß kein Schuldiger der Strafe entgehe; und hier geht das staatliche Interesse auf die Verhängung einer gerechten Strafe. Die Staatsanwaltschaft als Partei des Staates vertritt die Interessen an der Gerechtigkeit und an der Wahrung des objektiven Rechtes: Dieses objektive Interesse ist immer da, ob das Urteil nun milder oder schärfer ist. Das Interesse des Staatsanwaltes an der objektiven Wahrheit muß dem persönlichen, einseitigen Interesse des Angeklagten gegenübergestellt werden.⁹⁾

8) Kleinfeller, „Das Verbot der reformatio in peius“. S. 580 ff.

9) Schwendener, „Das Rechtsmittel der Berufung im schweiz. Strafprozeß“. S. 122 ff.

3. Begründung des Verbotes

Das V. r. i. p. setzt also die Zulässigkeit von Rechtsmitteln voraus und ist in erster Linie als Schutz des Angeklagten gedacht.

Damit kommen wir auch schon zu der Frage, auf Grund welcher Argumente denn dieses Verbot in die Strafprozeßordnung eingeführt wurde, zur elementaren Frage also seiner Daseinsberechtigung.

Die Grundgedanken für das Verbot sind in der französischen Revolutionsgesetzgebung zu suchen, die der Individualität des Angeklagten mehr Beachtung schenkte und deren Schutz durch Strafprozeßreformen auszudehnen trachtete. Indes wurde die menschliche, die psychologische, kriminalpolitische Seite des Verbotes im deutschen Strafprozeßrecht, welches das Verbot bald übernahm, eingehender behandelt als im französischen Recht. Letzteres beschränkte sich hauptsächlich darauf, zu erklären, in der Rechtsmittelinstanz herrsche das Dispositionsprinzip, der Richter sei also an die Anträge der Parteien gebunden, und könne deshalb das Urteil nicht zu ungunsten des Angeklagten reformieren, der Antrag auf eine mildere Bestrafung gestellt habe. Es liege dem Richter nur ob, das erstinstanzliche Urteil im Sinne des Angeklagten zu prüfen und es schlimmstenfalls zu bestätigen.

Wie wir jedoch weiter unten sehen werden, ist bestritten, ob in zweiter Instanz wirklich das lautere Dispositionsprinzip vorherrsche. Jedenfalls kam vor allem die deutsche Theorie dazu, bei näherer Analysierung des Strafprozesses selbst die Begründung des Verbotes mehr in kriminalpolitischen Erwägungen zu suchen. Der Angeklagte, so wurde argumentiert, suche durch sein Rechtsmittel in erster Linie eine gelindere Beurteilung seines Deliktes zu erlangen. Wolle man ihm also zur Stärkung seiner Stellung im Strafprozeß ein Rechtsmittel geben, so dürfe man ihm den Gebrauch desselben nicht dadurch abspenstig machen, daß man der zweiten Instanz die Möglichkeit einräume, das Urteil auch in peius reformieren zu können. Indem der Erfolg des Rechtsmittels dadurch in Frage gestellt sei, verliere das Rechtsmittel selbst erheblich an prozessualer Bedeutung für den Angeklagten.

Der Begründung des Verbotes steht das Prinzip entgegen, daß der Strafrichter (auch in der Berufungs- oder Kassationsinstanz) bemüht sein soll, das Streben nach materieller Wahrheit zu verwirklichen. Diese Offizialmaxime jedoch würde durch ein V. r. i. p. deutlich durchbrochen, und es erhebt sich die Frage, ob die Gründe für ein Verbot nicht doch überwiegen.

Das zu beurteilen jedoch, wie auch eine ausführliche Darstellung der Dispositionsmaxime und der Billigkeitsrücksichten gegenüber dem Angeklagten zu geben, sei dem V. Kapitel vorbehalten.

II. Entwicklungsgeschichte des Verbotes

1. Der Ursprung des V. r. i. p. und seine Entwicklung in Frankreich

Der Begriff ist zwar lateinisch formuliert, darf uns jedoch nicht etwa zu der Ansicht verleiten, er sei dem römischen Recht entnommen worden. Wohl gebraucht die verschiedentlich zitierte römische Quellenstelle¹⁾ Ulpian (Fr. I pr. de appell. 49, 1) den Ausdruck „in peius reformare“, jedoch in einem ganz anderen Sinne als dem heute gebräuchlichen. Unter „peius“ verstand Ulpian nicht eine Verschärfung des Urteils zu ungunsten des Angeklagten, sondern eine Verschlechterung des Urteils absolut genommen, eine Verminderung der Qualität des Urteils.

Lauckner²⁾ meint, der Ausdruck, wie er im heutigen Sinne gebräuchlich ist, sei zum erstenmal bei Gönner³⁾ aufgetaucht. Ob damit freilich Gönner als der Schöpfer des Ausdrucks anzusehen sei, sei schwer zu entscheiden, wenngleich das begriffliche und sprachliche Ringen, das in dem Zitat zum Ausdruck komme, diese Vermutung unterstützen könne.

Wenn wir auf die eigentliche Entstehung des Verbotes zurückgehen wollen, so müssen wir auf die französische Revolutionsgesetzgebung und deren Vorgeschichte eingehen.

Nach dem Tode Ludwigs XIV. erhoben als erste die französischen Aufklärer ihre Stimme, um gesetzliche Garantien zum Schutze des Individuums nach dem Muster Englands einzuführen. „Jetzt, wo der Staat seines Charakters als göttliche Institution entkleidet ist, können nur noch diejenigen seiner Einrichtungen der Erhaltung wert erscheinen, die das Wohl des Individuums fördern. Eine der köstlichsten Früchte des Humanitätsgedankens ist die Reform des Strafrechtes.“⁴⁾

Unter anderm befaßt sich Voltaire eingehend mit diesen Fragen, wobei er auch reges Interesse an dem Preisausschreiben der Oeconomischen

1) Lauckner, „Zur Geschichte und Dogmatik der r. i. p.“. S. 5 ff.
von Lilienthal, *Reformatio in peius*. S. 315 ff.

Thode, „Das Verbot der reformatio in peius“. S. 53 ff.

2) a. a. O. S. 5 ff.

3) „Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses“. Bd. 3, S. 163.

4) Hertz, „Voltaire und die franz. Strafrechtspflege“. S. 122.

Gesellschaft zu Bern bekundet (1777), dessen eine Aufgabe lautete: Den Weg angeben, der im Strafrecht einzuschlagen ist, um schonende Untersuchungsformen und milde Strafen mit einer raschen, exemplarischen Strafvollstreckung verbinden zu können, welche sowohl auf Sicherheit der bürgerlichen Gesellschaft, wie auch auf die Grundsätze der Menschlichkeit Rücksicht nähme.

Diese Gedankengänge bilden die erste Grundlage zu einer Umwälzung des Strafprozesses. In den Mittelpunkt des Strafprozesses wird nun der Angeklagte gestellt, dem eine möglichst gerechte und willkürfreie Beurteilung gesichert werden soll. Zu einer gesicherten Strafrechtspflege aber gehört auch die Möglichkeit, an eine obere Instanz appellieren zu können, und auch damit beschäftigt sich die französische Gesetzgebung:

Durch das Gerichtseinrichtungsgesetz vom 18. März 1800 wurden 29 besondere Appellationsgerichte geschaffen.

Neu durch die französische Revolutionszeit wurde auch das Institut der Staatsanwaltschaft eingeführt, das vor allem in der napoleonischen Gesetzgebung ausgebildet wurde.

Das V. r. i. p. selbst taucht erstmals in einem Avis du Conseil d'Etat vom 12. November 1806 auf.

„La juridiction supérieure n'étant saisie que par l'appel, sa compétence est circonscrite par les conditions même de cet acte. D'où ce principe, consacré par un avis du Conseil d'Etat du 12 novembre 1806, que le tribunal correctionnel ou la cour, pas plus qu'une autre juridiction, ne peut statuer ultra petita: l'acte qui saisit la juridiction d'appel et les conclusions prises devant elle limitent la compétence.“⁵⁾

Diesen Äußerungen Garrauds, die wir übrigens im gleichen Sinne bei Faustin-Hélie⁶⁾ wiederfinden, läßt sich ein wichtiges Moment entnehmen: Die franz. Strafprozeßgesetzgebung leitet das Verbot ab aus der Dispositionsmaxime, welche sie für das Verfahren in der Rechtsmittelinstanz voraussetzt. Dieser Schluß liegt aus drei Gründen nahe: Erstens sprechen die Autoren von einem V. r. i. p. gegenüber den Zivilparteien (*parties privées*) ganz allgemein, setzen also die Appellation des Angeklagten in ihren Wirkungen derjenigen des Geschädigten gleich. Zweitens taucht in ihren Äußerungen der zivilprozessuale Grundsatz „*ne eat iudex ultra petita partium*“ auf. Und drittens wird darauf verwiesen, daß die Rechtsmittelrichter an die Anträge der Parteien gebunden sind.

Für die Staatsanwaltschaft ist zu bemerken, daß ihr gegenüber der Richter nicht an den Antrag gebunden ist: „*Cet appel sert donc même*

5) Garraud, „*Précis du droit criminel*“. S. 1000.

6) Faustin-Hélie, „*Traité de l'instruction criminelle*“, vol. IX, pag. 67.

au prévenu, et le juge d'appel, sur ce seul recours, peut prononcer une peine moindre que celle prononcée en première instance.“⁷⁾

Über den Inhalt des Verbotes äußert sich Faustin-Hélie in der Hinsicht, daß sich dasselbe nur auf die Strafe beziehen soll, nicht aber auf die rechtliche Qualifikation („Cependant il importe de ne pas confondre avec les faits nouveaux les nouvelles qualifications données aux faits par le juge de première instance . . .“).

2. Deutschland

Die Reichsstrafprozeßordnung vom 1. Februar 1877 sieht das V. r. i. p. für alle drei Rechtsmittel vor:

Für das Berufungsverfahren in § 331: „War das Urteil nur von dem Angeklagten oder zu seinen Gunsten von der Staatsanwaltschaft oder einer im § 298 bezeichneten Personen angefochten worden, so darf das Urteil nicht zum Nachteil des Angeklagten abgeändert werden.“

Für das Revisionsverfahren in § 358: „Das Gericht, an welches die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung verwiesen worden ist, hat die rechtliche Beurteilung, welche der Aufhebung des Urteils zugrunde gelegt worden ist, auch seiner Entscheidung zugrunde zu legen. War das Urteil nur von dem Angeklagten oder zu seinen Gunsten von einer der im § 298 bezeichneten Personen angefochten worden, so darf das neue Urteil eine härtere Strafe als die im ersten erkannte nicht verhängen.“

Für das Wiederaufnahmeverfahren nach rechtskräftigem Urteil in § 373 Abs. 2: „Ist die Wiederaufnahme des Verfahrens nur von dem Verurteilten oder zu seinen Gunsten von der Staatsanwaltschaft oder von einer der im § 298 bezeichneten Personen beantragt worden, so darf das neue Urteil eine härtere Strafe als die in dem früheren erkannte nicht verhängen.“

Bei der Fassung der drei Gesetzesbestimmungen fällt auf, daß der § 331 davon spricht, das Urteil dürfe nicht zum Nachteil des Angeklagten abgeändert werden, während die beiden andern Paragraphen von einer „härteren Strafe“ sprechen. Diese Verschiedenheit in der Redigierung hat zu der weiter unten erwähnten Kontroverse der deutschen Kommentatoren geführt.

Die nationalsozialistische Gesetzgebung hat dann durch das Gesetz vom 28. Juni 1935 das V. r. i. p. aufgehoben, indem sie den §§ 331/358 und 373 die entsprechende Fassung gab. Von Hippel schreibt lakonisch dazu: „Man hielt dies im Interesse der Wahrheitsforschung für geboten.“⁷⁾

7) „Der deutsche Strafprozeß“. S. 563.

Nach dem Kriege hatte zunächst jede der vier Zonen ihre eigenen Bestimmungen. Für die russische Zone ist bisher eine Neubekanntmachung des geltenden Textes nicht erfolgt; es sind auch nicht die einzelnen aufgehobenen oder abgeänderten Bestimmungen zusammengestellt, sondern es bleibt meist den Gerichten überlassen, zu prüfen, ob und welche Bestimmungen noch anwendbar sind.⁸⁾

Für die drei westlichen Zonen kam am 12. September 1950 das sog. „Vereinheitlichungsgesetz“ zustande, dessen § 331 bestimmt: „Das Urteil darf in Art und Höhe der Strafe nicht zum Nachteil des Angeklagten geändert werden, wenn lediglich der Angeklagte, zu seinen Gunsten die Staatsanwaltschaft oder sein gesetzlicher Vertreter Berufung eingelegt hat.“ Für die weiteren Rechtsmittel vergleiche §§ 358 und 373 Abs. 2.

Wir haben also im heutigen (West-)Deutschland wieder ein V. r. i. p. für alle Rechtsmittel, und zwar auch dann, wenn die Staatsanwaltschaft zugunsten des Angeklagten ein Rechtsmittel eingelegt hat.

3. Österreich

In Österreich besteht das V. r. i. p. seit dem 19. Jahrhundert und ist seither von den Gerichten immer streng gehandhabt worden.

Die österreichische StPO vom 23. Mai 1873 stellt das V. r. i. p. ausdrücklich für alle Rechtsmittel auf.

§ 290 Abs. 2: „Ist die Nichtigkeitsbeschwerde lediglich zugunsten des Angeklagten ergriffen worden, so kann der Kassationshof keine strengere Strafe gegen den Angeklagten verhängen, als welche das angefochtene Urteil ausgesprochen hatte.“

§ 295 Abs. 2 enthält wörtlich dasselbe in Bezug auf die Berufung.

Aus § 360 Abs. 1 kann das V. r. i. p. automatisch auf den Fall der Wiederaufnahme des Verfahrens zugunsten des Angeklagten abgeleitet werden: „Das Gericht . . . kann sofort ein Urteil fällen, wodurch der Beschuldigte freigesprochen oder von seinem Antrage auf Anwendung eines milderen Strafsatzes stattgegeben wird.“

Durch die Annexion Österreichs an das nationalsozialistische Deutschland wurde das V. r. i. p. 1938 aufgehoben.

Nach dem Kriege jedoch wurde die österreichische StPO weitgehend in den Zustand der Zeit vor der Annexion zurückversetzt (vgl. österr. StPO v. 15. 8. 45), und „bezüglich der Rechtsmittel gegen ein Urteil sind auch die eingetretenen Änderungen rückgängig gemacht worden . . . Auch die aufgehobenen §§ 286—292 wurden wieder einge-

8) Deutsche Rechtszeitschr. Jan. 1947, 2. Jahrgang, S. 34/5.

führt, insbesondere ist auf das wiedererstandene V. r. i. p. hinzuweisen.“⁹⁾)

4. Italien

Die französische Revolution hatte natürlich auch auf Italien ihre Einwirkungen, umso mehr, als das ganze Land eine Zeitlang in die Administration des napoleonischen Kaiserreiches einbezogen war. Öffentlichkeit und Mündlichkeit begannen bald im italienischen Prozeßrecht vorzuherrschen. Allerdings versprach man sich zunächst vom neu ausgestalteten Prozeßverfahren, vor allem mit den Geschworenengerichten, so viel, daß man eine Appellation ganz und gar vernachlässigte. Der Wahrspruch der Geschworenen wurde als inappellabel erklärt.

Später wurde durch das Gesetz vom 13.—21. Juni 1856 eine Appellation eingeführt.¹⁰⁾ Das V. r. i. p. wurde in Italien schon in der StPO von 1859 anerkannt. — Auf das Jahr 1912 war eine Neubearbeitung des Codice di Procedura Penale im Werden: der Vorschlag der Senatskommission, eine r. i. p. zu ermöglichen, wurde nicht angenommen, und so blieb das Verbot. Ebenso wurde es in die heute gültige StPO vom 19. Oktober 1930 übernommen: Art. 515 Abs. 3: „Quando appellante è il solo imputato, il giudice non può infliggere una pena più grave per specie o quantità, salva la facoltà, entro i limiti indicati nella prima parte di questo articolo, di dare al reato una diversa definizione anche più grave, purchè non venga superata la competenza del giudice di primo grado.“

Also ist auch im italienischen Recht eine schärfere Deliktsqualifikation erlaubt.

5. England

Im angelsächsischen Recht muß unterschieden werden zwischen den ordentlichen Rechtsmitteln gegen die Urteile der Sheriff- oder Stadtgerichte und den seltenen, außerordentlichen Rechtsbehelfen gegen Urteile des Geschworenengerichts. Erstere können von beiden Parteien durch Berufung (appeal) an den Assisenhof weitergeleitet, letztere (in besonderen Fällen) durch die King's Bench oder das Oberhaus umgestoßen werden.¹¹⁾

9) Juristische Blätter 1946, 68. Jahrg., Nr. 6, S. 114.
V. r. i. p. wie vorher in den §§ 290, 295 und 360.

10) Borsani e Casorati, „Codice de Procedura Penale Ital.“. VI § 2018, S. 128.

11) Glaser, „Das engl.-schottische Strafverfahren“. S. 150 ff.

Der Gedanke eines V.r.i.p. ist kaum einmal angeregt;¹²⁾ in keinem Gesetze betreffend Rechtsmittel oder Rechtsbehelfe ist von einem V. r. i. p. die Rede, ebensowenig ist das Verbot Grundsatz des common law. Seit jeher aber tendiert die Praxis darauf hin, die vom ersten Richter ausgesprochene Strafe nicht zu erhöhen. Diese Überzeugung ist auch im Volke tief verwurzelt.¹³⁾

Immerhin sei darauf hingewiesen, daß im Rahmen der englischen Strafrechts-Reformbewegungen 1948 verschiedene Abgeordnete bei einer Gesetzesvorlage betr. die Modernisierung des englischen Strafvollzuges den Antrag unterbreiteten, den Appellationsgerichten ausdrücklich das Recht der Straferhöhung zuzubilligen.

6. Schweiz

Durch die Helvetische Republik wurde im schweizerischen Strafverfahren französisches Gedankengut aufgenommen und vor allem der Inquisitionsprozeß durch den Anklageprozeß ersetzt und das Institut der Staatsanwaltschaft eingeführt. Die Bemühungen um die Vereinheitlichung des schweizerischen Strafprozesses gediehen jedoch über einige Anfänge nicht hinaus, und in der Mediationszeit übernahmen die Kantone endgültig wieder das Recht zur Gesetzgebung.¹⁴⁾

Dadurch wurden viele Strafprozeßordnungen wieder dem Zustand der vorhelvetischen Zeit angepaßt, und nur allmählich und unabhängig voneinander entwickelten die Kantone ihr Strafprozeßrecht.

Als erster sämtlicher Kantone hat der Kanton Glarus das Verbot in seiner StPO statuiert, im Jahre 1837. Der § 184 bestimmte allerdings, daß das Verbot nur dann gelte, wenn sich vor zweiter Instanz keine neuen beschwerenden Umstände gegen den Angeklagten ergäben. Die gleiche Fassung enthält heute der § 147 Abs. 2 der glarnerischen StPO von 1940.

Es folgte der Kanton Zürich; die Zürcher Rechtspflegegesetze von 1874 enthielten zwar noch keine Bestimmung über das Verbot, doch ist den Bemerkungen des Kommentars Sträuli¹⁵⁾ zu entnehmen, daß die Praxis der zürcherischen Gerichte den Grundsatz des V. r. i. p. schon vorher anerkannt hat. Seine ausdrückliche Betätigung fand das Verbot in der StPO von 1919 (§ 399).

12) Glaser, Anklage, Wahrspruch und Rechtsmittel im engl. Schwurgerichtsverfahren“. S. 468.

13) Bromberg, „Das Rechtsmittelwesen in England u. Schottl.“. S. 509 ff.

14) Lüthi, „Die Gesetzgebung der Helvet. Republik über die Strafrechtspflege“. S. 153 .

15) Kommentar zur Zürcher StPO von 1874, Bem. zu Art. 1089.

Ebenso wurde das Verbot in der Gerichtspraxis der Kantone Basel-Stadt und Bern eingeführt, für Basel-Stadt zuerst in einem Entscheid von 1882, später bestätigt in solchen von 1894 und 1910.¹⁶⁾ Heute hat der Kanton Basel-Stadt das V. r. i. p. in der StPO von 1931 statuiert (§ 250). Das „Gesetzbuch über das Verfahren in Strafsachen für den Kanton Bern“ vom 2. März 1850 enthält nichts über ein V. r. i. p. Die Gerichtspraxis muß in der Folge ein V. r. i. p. anerkannt haben, wie aus den Erläuterungen Thormanns¹⁷⁾ (1912) hervorgeht, später (1920) bestätigt durch Zurbrügg.¹⁸⁾ Die heute geltende StPO von 1928 enthält das Verbot in Art. 319.

Die älteste StPO, die heute noch in Kraft ist (mit Abänderungen) hat der Kanton Wallis. Sie stammt aus dem Jahre 1848. Das V. r. i. p. (wohl später hinzugekommen) ist in Art. 333 Abs. 1 enthalten.

Der Kanton Uri hat als einziger Kanton keine StPO, es gilt dort Gewohnheitsrecht. Als letzter Kanton — von denjenigen, welche ein Verbot vorsehen — hat der Kanton Neuenburg das Verbot in Art. 251 seines Code de Procédure Pénale von 1945 aufgenommen.

Im Bund wurde das Verbot für die Kassation in Art. 227 der Bundesstrafrechtspflege von 1934 statuiert.

16) Lüssy a. a. O. S. 69 ff.

17) Thormann, „Erläuterungen zum Vorentwurf einer StPO“, S. 14 ff.

18) „Zulässigkeit und Umfang der Appellation“, S. 74/5.

III. Das Verbot der *reformatio in peius* im geltenden Recht

1. *Ausdrückliche Anerkennung*

a) Allgemeine Formulierung

Wenn das Verbot im Gesetz auftaucht, geschieht dies meist in einer allgemeinen Formulierung, d. h. es wird der Rechtsprechung überlassen, wie weit und auf welche Punkte das Verbot im einzelnen ausgedehnt werden soll. Regelmäßig ist von einem „Verbot der Urteilsverschärfung“ die Rede.

Die zürcherische StPO sagt in § 399: „Wurde vom Angeklagten oder vom Staatsanwalt zugunsten des Angeklagten ein Rechtsmittel eingelegt, so darf das Urteil nicht zu ungunsten des Angeklagten abgeändert werden, sofern nicht die Gegenpartei das Rechtsmittel ergriffen hat.“

Basel-Stadt StPO § 250: „Beim Entscheide über das Strafurteil der ersten Instanz ist das Appellationsgericht gegenüber den Anträgen der Parteien frei. Es darf dieses Urteil jedoch nicht zuungunsten des Angeklagten abändern, wenn dieser allein dagegen appelliert hat oder wenn die Anklagepartei ihre Appellation ausdrücklich zu seinen Gunsten ergriffen hat.“

Basel-Land StPO § 159: „Gegenüber den Anträgen der Parteien ist das Obergericht frei. Es darf dieses Urteil jedoch nicht zuungunsten des Angeklagten abändern, wenn dieser allein dagegen appelliert, oder wenn die Staatsanwaltschaft ihre Appellation ausdrücklich zu seinen Gunsten ergriffen hat.“

Appenzell Inner-Rhoden StPO Art. 64: „Wenn nur der Verurteilte appelliert hat, kann das angefochtene Strafurteil nicht verschärft werden.“

Wallis StPO Art. 333 Abs. 1: „Le tribunal du canton ne peut aggraver la condamnation du condamné qui en appelle, à moins que l'appel n'ait aussi été interjeté, soit par le ministère public, soit par la partie civile, chacun en ce qui le concerne.“

Glarus StPO § 147 Abs. 2: „Wenn bloß der Verurteilte die Appellation ergriffen hat, so kann das erstinstanzliche Urteil nicht verschärft werden, es wäre denn, daß sich infolge einer Vervollständigung der

Untersuchung neue erschwerende Umstände gegen ihn ergeben hätten.“

Auch die Bundesstrafrechtspflege (1934) enthält in Art. 227 eine allgemeine Formulierung des Verbotes: „Erhebt der Bundesanwalt die Nichtigkeitsbeschwerde, so kann das Urteil auch zugunsten des Angeklagten oder Verurteilten aufgehoben oder abgeändert werden. — Erhebt eine andere Partei die Nichtigkeitsbeschwerde, so kann das Urteil nicht zu ihren Ungunsten aufgehoben oder abgeändert werden.“

Ebenso der BRB vom 17. Oktober betr. die kriegswirtschaftliche Strafrechtspflege in Art. 121: „Der Richter kann das erstinstanzliche Urteil bestätigen, mildern oder verschärfen. Hat jedoch der Beschuldigte oder der Dritte appelliert, so kann das Urteil nicht zu ungunsten des Appellanten abgeändert werden, es sei denn, der Appellationsgegner habe die Haupt- oder Anschlußappellation erklärt.“

Von den ausländischen Gesetzgebungen haben Deutschland (§§ 331, 358 und 373 Abs. 2) und Österreich (§§ 290 Abs. 2, 295 Abs. 2 und 360 Abs. 1) ein allgemeines Verbot aufgestellt. Da die Gesetzestexte sowohl die Worte „Strafe“ wie auch „Urteil“ verwenden, muß die Antwort auf die Frage, worauf sich das Verbot beziehe, der Literatur und Rechtsprechung überlassen bleiben. Ebenso hat Frankreich durch sein Avis du Conseil de l'Etat von 1806 ein allgemeines, aus der Dispositionsmaxime abgeleitetes Verbot (*le tribunal correctionnel ou la cour ne peut statuer ultra petita*).

b) Beschränkung auf die Schuldfrage

Es ist bereits im ersten Kapitel darauf hingewiesen worden, daß ein auf die Schuldfrage beschränktes V. r. i. p. nirgends in Erwägung gezogen wird. Wichtiger ist die Straffrage.

c) Beschränkung auf die Straffrage

Nur zwei Kantone haben durch ausdrückliche Gesetzesbestimmung das V. r. i. p. auf die Straffrage beschränkt.

So bestimmt die StPO des Kantons Bern im zweiten Absatz des Art. 319 (der erste Absatz handelt vom Verbot allgemein): „Als Abänderung gilt jedoch nur die schärfere Bestrafung.“

Und Neuenburg setzt im Art. 251 seines Code de Procédure Pénale fest: „Le jugement ne peut être cassé ou modifié au détriment de la partie qui a recouru. — La cour est liée par les constatations de fait du premier juge, mais elle peut rectifier celles qui sont manifestement erronnées. Elle n'est pas liée par les moyens que les parties invoquent.“

Von den ausländischen Gesetzgebungen sieht Italien (CPP Art. 515 Abs. 3) das Verbot ausdrücklich nur für die strengere Bestrafung vor: „... di dare al reato una diversa definizione anche più grave ...“).

b) Ausdrückliche Ablehnung des Verbotes

Schon die luzernische StPO von 1865 bestimmte in § 220: „Das Obergericht ist bei seinen Entscheidungen an die Anträge und Schlüsse der Parteien nicht gebunden. Dasselbe hat auch keine Rücksicht darauf zu nehmen, ob nun eine Partei oder beide appellierten.“ Und § 268: „Ist ein Polizeistrafprozeß an das Obergericht zur Beurteilung gelangt, so entscheidet es denselben lediglich nach dem Gesetze und nicht nach den Anträgen der Parteien. Es wird daher auch keine Rücksicht darauf genommen, ob nun eine Partei oder beide appellierten.“

Das Verbot hat im luzernischen Verfahren keinen Eingang gefunden, weil dasselbe vom reinen Officialprinzip beherrscht wird. Nach den Grundsätzen des Strafprozesses im Kanton Luzern hat sowohl der erstinstanzliche wie auch der Appellationsrichter eine Rechtsfrage von Amtes wegen, unabhängig von Parteianträgen, und nach seiner freien und unbeeinflussten Überzeugung zu beurteilen.¹⁾

Ähnlich formuliert Schaffhausen in seiner StPO (1909) die Möglichkeit einer r. i. p., wenn auch indirekt (Art. 235): „Die Berufung der Staatsanwaltschaft oder eines Angeklagten über die Schuldfrage hat die Wirkung, daß in Bezug auf die in Frage kommende Tat das Rechtsmittel als von beiden Teilen ergriffen angesehen wird.“

Schon aus dieser Formulierung kann geschlossen werden, daß die zweite Instanz in jedem Falle in ihrer Beurteilung frei ist: denn wenn die Berufung immer als „von beiden Teilen ergriffen“ angesehen wird, besteht kein Anlaß, die zweite Instanz an irgend einen Parteiantrag binden zu wollen oder gegenüber einer Partei besondere Milde walten zu lassen. Bohn²⁾ meint denn auch, in der Beurteilung der Appellation sei dem Obergericht freie Hand gelassen.

Für den Kanton Schwyz hat das „Gesetz über das Verfahren in Strafrechtsfällen“ vom 18. Februar 1908 die Möglichkeit einer r. i. p. in § 308 vorgesehen: „Das Kantonsgericht ist in den Strafurteilen an die erstinstanzlichen Devisiven in keiner Richtung gebunden, sondern kann, wenn es die Appellation des Angeklagten unbegründet findet, nach seinem Ermessen innert dem Rahmen des Strafprozesses die Strafe erhöhen, auch wenn die Staatsanwaltschaft nicht appelliert hat.“

In Nidwalden sah schon die StPO von 1885 in § 101 Abs. 3 vor: „Das Obergericht hat zu entscheiden, ob die Appellation gerechtfertigt sei oder nicht und im ersteren Falle die Gründe hierfür anzugeben. Ihm bleibt auch unbenommen, bei Beurteilung der appellierten Urteile die Strafen derselben zu erschweren oder zu mildern.“ Sozusagen wörtlich steht diese Bestimmung heute in der StPO von 1943 (§ 75 Abs. 3).

1) Felder, „Die Appellation im luzern. Strafverf. S. 101/2.

2) „Das Strafverfahren des Kt. Schaffhausen“. S. 225.

Der Kanton Graubünden hat eine diesbezügliche Bestimmung im EG zum StGB (Art. 156): „Ergibt die Überprüfung des Falles, daß an Stelle der von der Vorinstanz ihrem Urteil zugrunde gelegten Bestimmung des Strafgesetzes eine andere mit schärferer Strafanwendung anzuwenden ist, kann der Kantonsgerichtsausschuß — der Beschwerdeinstanz ist — das Urteil zuungunsten des Beschwerdeführers abändern, auch wenn der Staatsanwalt oder der vom Kreisamt bestellte Ankläger das Urteil nicht weitergezogen hat.“

Im Kanton Aargau besagt der § 74 des Zuchtpolizeigesetzes von 1868: „Das Obergericht kann das Urteil auch zum Nachteil des Beschwerdeführers abändern.“

Der Kanton Genf schließlich hat die Möglichkeit einer r. i. p. in Art. 142 Abs. 2 CPP von 1940 anerkannt: „Dans tous les cas, si elle réforme ou modifie le jugement, la cour statuera librement sur la quotité de la peine.“

Im Anschluß daran seien einige Entscheide derjenigen Kantone wiedergegeben, welche sich gegen ein V. r. i. p. ausgesprochen haben (Entscheide mit Befürwortung des Verbotes werden im nächsten Kapitel unter „Ausgestaltung im einzelnen“ angeführt).

Im Kanton Graubünden hat in Anwendung der zitierten Bestimmung der Kantonsgerichtsausschuß in seinem Urteil vom 8. November 1947 i. S. Wilhelm Caduff betr. Jagdkontravention dem Beschwerdeführer, der von der Vorinstanz für drei Jahre von der Jagdberechtigung ausgeschlossen worden war, dieselbe für die Dauer von 10 Jahren entzogen (nicht publiziert).

In einem weiteren Falle, nämlich in seinem Entscheid vom 30. Juli 1947 i. S. Michel Perl betr. Jagdkontravention erhöhte der Kantonsgerichtsausschuß die von der Vorinstanz gefällte Buße von Fr. 500,— auf Fr. 600,— (nicht publ.).

Schließlich sei noch auf den Entscheid des Kantonsgerichtes von Graubünden („Praxis des Kantonsgerichtes von Graubünden“, Entscheid vom 18. November 1935, No. 160), hingewiesen, der ausführt: „Gemäß Art. 19 der großrätlichen Ausführungsverordnung ist der Kleine Rat als Beschwerdeinstanz bei Überprüfung der Strafurteile befugt, sowohl die Anwendung des formellen als des materiellen Rechts frei zu würdigen. Die Überprüfung der Strafurteile kann sich auf Willkür in der Beweiswürdigung und auf das Strafmaß erstrecken. . . . Demgemäß sieht sich der Kleine Rat veranlaßt, die Buße im vorliegenden Falle auf Fr. 30,— zu erhöhen, gestützt auf Art. 19 AV. z. MFG, der eine r. i. p. zuläßt.“

Kanton Aargau: In der „Vierteljahrsschrift für aargauische Rechtsprechung“ Band 15 No. 38 ist folgender Entscheid veröffentlicht: „Wie der Rekurrent selbst zugibt, ist die reformatio in peius in ZPG

§ 74, der das Verfahren vor Obergericht in Zuchtpolizeifällen ordnet, ausdrücklich vorgesehen. Es kann sich mithin lediglich fragen, ob nicht diese Bestimmung, wie der Rekurs behauptet, weil ein Bestandteil des zuchtpolizeilichen Rekursverfahrens bildend, durch die Vorschrift des § 396 der neuen ZPO aufgehoben worden sei, wonach an Stelle des in Spezialgesetzen vorgesehenen Rekurses in Zukunft das Rechtsmittel der Beschwerde nach § 337 ZPO treten soll. Nun hat aber das Zuchtpolizeigesetz von vornherein das Rekursverfahren in Zuchtpolizeifällen zum Teil selbst geordnet, während es für die „Ausfertigung und Zustellung des Urteils, die Form und Fristbestimmung bei Anmeldung des Rechtsmittels“ auf die Vorschriften der Prozeßordnung über bürgerliche Rechtsstreitigkeiten verwies. — Soweit sich die Anfechtung der r. i. p. auf die angebliche Aufhebung des § 74 ZPG durch die ZPO und einen infolgedessen durch dessen Anwendung begangenen Verstoß gegen klares Recht stützt, ist sie demnach nicht stichhaltig. Soweit sie aber damit begründet wird, daß dadurch der in Art. 62 K. V. aufgestellte Grundsatz des Anklageverfahrens verletzt worden sei, weil, nachdem der Staatsanwalt das erstinstanzliche Erkenntnis nicht weitergezogen habe, nur noch eine Anklage auf fahrlässig falsche Anklage vorgelegen habe, ist darauf zu erwidern, daß bei einer solchen Auslegung der § 74 ZPG praktisch bedeutungslos würde, weil ja das Wesen der r. i. p. gerade in Abänderung des Urteils zu Ungunsten des Beschwerdeführers ohne dahingehenden Beschwerdeantrag der Gegenpartei (Staatsanwaltschaft) besteht.“

2. Schweigen des Gesetzes

a) Trotzdem Anerkennung durch die Praxis

Der Kanton Uri, der als einziger Kanton überhaupt keine StPO besitzt, hat das Verbot durch seine Gerichtspraxis anerkannt.

Thurgau besitzt keine eigentliche StPO, dafür eine Reihe von Verordnungen ähnlichen Charakters. Von einem V. r. i. p. ist nirgends die Rede, doch wird ein solches von der thurgauischen Rechtsprechung angenommen.

Ebenso anerkennen die Kantone Zug, Freiburg, Appenzell Auser-Rhoden, Tessin und Waadt eine V. r. i. p. durch die Praxis, ohne ein solches in ihren Strafprozeßordnungen ausdrücklich formuliert zu haben.

Und die Militärstrafgerichtsordnung von 1889 äußert sich auch nicht zu einem Verbot, doch wurde dasselbe vom Kassationsgericht aus Art. 192 abgeleitet, der bestimmt: „Der Prüfung des Militärkassations-

gerichtes unterliegen nur die gestellten Anträge, und insoweit die Kassation auf die Mängel des Verfahrens gestützt wird, nur diejenigen Tatsachen, welche bei Anbringung der Kassation bezeichnet worden sind.“ Vor dem Militärkassationsgericht herrscht also das Dispositionsprinzip in seiner reinen Durchführung.

Drei Gerichtsentscheide des Militärkassationsgerichtes bestätigen uns die Statuierung des V. r. i. p.: I. Band Nr. 95: „Se seconda la sua giurisprudenza il tribunale di cassazione a in generale la libertà di esaminare in tutta la sua estensione la conformità di una sentenza alla legge, quando sia affermata una violazione della legge penale, egli deve però attenersi all'articolo 192, secondo il quale sono da considerare soltanto le conclusioni presentate. Un aumento della pena, che fosse pronunciato contro il ricorrente, sarebbe appunto l'opposto delle sue conclusioni.“

Ferner hat auch in England bei Schweigen des Gesetzes die Praxis nie von der Möglichkeit einer r. i. p. Gebrauch gemacht.

b) Ablehnung durch die Praxis

Zu dieser Gruppe schließlich gehören St. Gallen, wo vollständiges Oficialprinzip herrscht, Obwalden³⁾ und Solothurn.

3) Emil Kathriner, „Die Strafrechtspflege im Kanton Obwalden“. S. 59.

IV. Ausgestaltung im einzelnen

1. Gilt das Verbot für alle Rechtsmittel?

a) Appellation

Nachdem im 1. Kapitel unter „Voraussetzungen des Verbotes“ die Rechtsmittel der Appellation, Kassation und Revision allgemein gestreift wurden, sollen sie hier in ihrer speziellen Auswirkung auf das **V. r. i. p** untersucht werden.

Das weitgehendste Rechtsmittel ist, wie erwähnt, die Appellation (Berufung). Durch sie können alle Mängel des erstinstanzlichen Verfahrens gerügt werden. Das ganze Urteil wird von der Berufungsinstanz einer neuerlichen Prüfung unterzogen. Bei ihrer Untersuchung kann die zweite Instanz natürlich an verschiedenen Feststellungen der ersten Instanz anknüpfen, und insofern erscheint die Berufungsverhandlung nicht als völlige Neuverhandlung.

Dem erstinstanzlich verurteilten Angeklagten steht das freie Berufungsrecht zu, und er braucht dabei seine Beschwerde nicht einmal zu motivieren. Nach vielen Prozeßordnungen (z. B. auch der zürcherischen) kann er gleich nach der erstinstanzlichen Urteilsausfällung mündlich vor den Schranken erklären, daß er die Appellation ergreife. „Ein bloßes *da capo* aus dem Munde des verurteilten Angeklagten, und die ganze Arbeit der ersten Instanz fliegt in den Papierkorb.“¹⁾

Es liegt also in der Natur der Berufung, das gesamte Urteil nochmals überprüfen zu lassen, ob nun eine Motivierung der appellierenden Partei (z. B. sich auf Strafpunkt oder Schuldpunkt beziehend) vorliegt oder nicht. Seuffert²⁾ stellt fest, die Qualifikation gehöre so gut wie die Straffrageentscheidung zur Gesetzesanwendung, und eine allgemeine Prüfung der letzteren müsse sowohl die eine wie die andere umfassen. Der Berufungsrichter hat das Urteil zu prüfen, nicht die Beschwerden. Überdies wäre es auch unlogisch, wo eine Begründung der Berufung vorliegt, nur dieselbe untersuchen zu wollen, hingegen bei

1) Lauckner, „Zur Geschichte und Dogmatik der r. i. p.“. S. 85.

2) „Die r. i. p. im neueren, insbes. bayrischen Strafprozeß“. S. 92.

Fehlen einer solchen Begründung das ganze Urteil zu überprüfen. Die Appellation sollte einheitlich gehandhabt werden. Auch Dohna³⁾ weist darauf hin, daß Tat- und Rechtsfrage innig zusammenhängen und das Berufungsgericht zu einer Abänderung der Sachentscheidung berufen ist, auch wenn lediglich das Strafmaß angegriffen wurde. Es darf nicht übersehen werden, daß vor dem Berufungsgericht eine neue Beweiswürdigung vorgenommen wird, bei der sämtliche Teile des Urteils überprüft werden können.

Die „Abänderung“ in der Berufungsinstanz ist in Wahrheit ein Neu-Erkennen, denn das Berufungsgericht hat unter Aufhebung des (erstinstanzlichen) Urteils in der Sache selbst zu urteilen. Die Berufung weist reformatorischen, nicht kassatorischen Charakter auf.

Wenn demzufolge die Berufungsinstanz den Sachverhalt neu beurteilt und ihrer Ansicht im Urteil zum Ausdruck verhilft, kann dasselbe günstiger oder weniger günstig für den Angeklagten ausfallen. Will man also den Angeklagten vor zweiter Instanz in keiner Weise schlechter stellen, so ist eine ausdrückliche Statuierung des Verbotes notwendig. — Sämtliche Gesetzgebungen mit einem V. r. i. p haben denn auch ein solches für die Appellation vorgesehen.

b) Kassation

Bei der Kassation stellt sich das Problem anders. Vor allem ist darauf hinzuweisen, daß bei der Kassation nur die im Gesetze vorgesehenen Mängel gerügt werden können und ausdrücklich in der Kassationschrift anzuführen sind. Diese Mängel nun betreffen nicht — wie bei der Berufung — den Straf- oder Schuldpunkt, sondern in erster Linie Verfahrensmängel. Als Beispiel seien die ersten vier Ziffern des § 430 des Zürcher StPO angeführt: „Die Nichtigkeitsbeschwerde ist zulässig: 1. wenn das erkennende Gericht zur Beurteilung der Sache nicht zuständig war, 2. wegen ungehöriger Besetzung des Gerichtes, 3. wegen Mitwirkung eines unfähigen oder abgelehnten Gerichtsbeamten oder Geschwornen, 4. wegen Verletzung gesetzlicher Prozeßformen zum Nachteil des Nichtigkeitsklägers ...“

Wird also eine Nichtigkeitsbeschwerde (unter Anführung eines dieser Nichtigkeitsgründe) eingereicht, so hat die Kassationsinstanz zu prüfen, ob ein solcher Kassationsgrund vorliegt oder nicht. Liegt kein solcher vor, so wird die Nichtigkeitsbeschwerde abgewiesen und das erstinstanzliche Urteil tritt in Kraft; erachtet das Gericht den Nichtigkeitsgrund als gegeben, so hebt es das Urteil auf und weist die Sache

3) „Das Strafprozeßrecht“. S. 184.

zur Neuurteilung an die zuständige Instanz zurück. Bei der Prüfung also, ob ein Nichtigkeitsgrund vorliegt oder nicht, werden Schuld- und Strafpunkt des Urteils gar nicht berührt; vor allem prozessuale Fragen spielen eine Rolle. Insofern umschreibt Art. 192 der schweizerischen Militärstrafgerichtsordnung das Wesen der Kassation im strengen Sinne am besten, indem er ausführt: „Der Prüfung des Kassationsgerichtes unterliegen nur die gestellten Anträge und, insoweit die Kassation auf Mängel des Verfahrens gestützt wird, nur diejenigen Tatsachen, welche bei Anbringung der Kassation bezeichnet worden sind.“

Wird also der Nichtigkeitsgrund als nicht gegeben erachtet, so tritt das erstinstanzliche Urteil in Kraft, und die Frage nach einer verbotenen r. i. p. ist mithin müßig. — Wird hingegen das erstinstanzliche Urteil kassiert und der Prozeß zur Neuurteilung an die zuständige Instanz zurückgewiesen, so wird das Problem der V. r. i. p. wieder akut. Es ist vor allem darauf hinzuweisen, daß diese Neuverhandlung noch unabhängiger ist als die Berufungsverhandlung. Denn es ist kein suspendiertes Urteil vorhanden, an das die Verhandlung knüpfen könnte, dieselbe muß vollständig von vorne vorgenommen werden. Immerhin ist zu bemerken, daß das Ziel des Verurteilten immer daselbe ist: freigesprochen zu werden oder eine gelindere Strafe zu erhalten. Jeder dahin führende Weg ist ihm recht. So ficht er beispielsweise das erste Urteil wegen Unzuständigkeit an, weil er hofft, in neuerlicher Beurteilung vielleicht besser wegzukommen. Seine Absicht geht weniger dahin, vom zuständigen Gerichte abgeurteilt zu werden, als vielmehr den Bestand des ihn beschwerenden Urteils zu untergraben. Beim neuen Urteil kann man also von „reformatio in peius“ nur im Vergleich zum alten, allerdings außer Kraft gesetzten Urteil reden. Die wenigsten Strafprozeßordnungen haben deshalb hier ein V. r. i. p. vorgesehen. Es sind dies Zürich (§ 399 spricht allgemein von „Rechtsmitteln“), Bundesstrafrechtspflege (Art. 227 Abs. 2), Deutschland (§ 358), Österreich (§ 290 Abs. 2).

Es gibt nun aber noch eine Kassation, bei der nicht nur prozessuale Fragen berührt werden. Man kann sie als Kassation im weiteren Sinne bezeichnen. Ein Beispiel liefert uns wiederum der Kanton Zürich, indem die StPO im § 430 Ziff. 5 bestimmt: (Die Nichtigkeitsbeschwerde ist zulässig) „wenn das Gericht seinen Entscheid auf aktenwidrige tatsächliche Annahmen gestützt hat.“ Und Ziff. 6: „... wegen Verletzung materieller Gesetzesvorschriften.“

Ähnlich Bundesstrafrechtspflege Art. 220 Abs. 3: „Gegen Urteile der Kriminalkammer ist die Nichtigkeitsbeschwerde außerdem wegen Verletzung materieller Gesetzesvorschriften zulässig.“

In allen diesen Fällen fällt der Kassationshof selbst ein neues Urteil (vgl. Zürcher StPO § 437, Bundesstrafrechtspflege Art. 226 Abs. 3).

Das ist auch konsequent, denn in diesem Falle werden nicht mehr prozessuale Fragen berührt, sondern Fragen des Tatbestandes und Fragen des materiellen Rechts. Insoweit gleicht also die Tätigkeit des Kassationshofes derjenigen des Appellationsgerichtes. Und die Frage nach einem verbotenen r. i. p. kann genau gleich wie bei der Appellation beantwortet werden.

c) Revision

Die Revision schließlich ist eine völlige Neuverhandlung des Prozeßstoffes, bei der auf die Resultate des vorhergehenden Prozesses in keiner Weise abgestellt zu werden braucht. Sie ist auch nicht an bestimmte Fristen gebunden, sondern findet oft jahrelang nach der Urteilsfällung statt. Deshalb ist sie auch an bestimmte, schwerwiegende Revisionsgründe gebunden, z. B. wenn durch ein Verbrechen oder Vergehen auf das frühere Strafverfahren eingewirkt wurde oder wenn entscheidende, dem erkennenden Gericht nicht unterbreitete Tatsachen oder Beweismittel später auftauchen.

Hierbei muß nun unterschieden werden zwischen Revision zugunsten des Verurteilten und zu Ungunsten des Verurteilten (resp. Freigesprochenen). Damit ist eigentlich schon weitgehend der voraussichtliche Ausgang des Revisionsprozesses gegeben. Tauchen nachträglich neue Tatsachen zu Ungunsten des Verurteilten (resp. Freigesprochenen) auf, oder macht er ein nachträgliches Geständnis, so wird das neue Urteil zweifellos schärfer ausfallen. Wird aber das Verfahren ausdrücklich zugunsten des Verurteilten aufgenommen, so wird das Urteil dank der neuen (günstigen) Tatsachen und Beweismittel günstiger für ihn lauten.

2. Gilt das Verbot für alle Prozeßparteien?

a) Für den Angeklagten

Ist das Verbot in einem Strafprozeß statuiert worden, so gilt es ganz bestimmt und in erster Linie für den Angeklagten. Es ist recht eigentlich eine Schutzbestimmung für ihn. Das Rechtsmittel, das er zu seinen Gunsten einlegt, soll nicht zu seinem eigenen Nachteil werden.

b) Für den Geschädigten

Es ist bereits erwähnt worden, daß der Geschädigte sich mit einem zivilrechtlichen Anspruch dem Strafprozeß adhäsionsweise anschließt. Dies nur unter der Voraussetzung, daß dieser Anspruch nicht zu

kompliziert und zu weitschichtig ist, ansonst er das Strafverfahren zu lange aufhalten würde und auf den Zivilweg verwiesen werden müßte. Die zivilrechtliche Natur des Anspruchs bleibt also auch im Strafverfahren bestehen, und folglich auch für ein Rechtsmittel die Norm, daß einer Partei nicht mehr und nicht anders zugesprochen werden dürfte als das, was sie verlangt. *Ne eat iudex ultra petita partium*. Der Rechtsmittelrichter darf also nicht über den Antrag der Partei hinausgehen. In dieser Dispositionsmaxime liegt eo ipso schon ein V. r. i. p., und ein solches ist beim Geschädigten zu berücksichtigen, auch wenn die betreffende Strafprozeßordnung kein solches gegenüber dem Angeklagten vorgesehen hat.

Der Geschädigte kann nun aber auch im Strafpunkt ein Rechtsmittel einlegen. Sein Interesse ginge also dahin, über den Angeklagten eine schärfere Strafe verhängen zu lassen. Eine r. i. p. gegenüber dem Geschädigten müßte also darin gesehen werden, daß die zweite Instanz die Strafe zugunsten des Angeklagten herabmindert. Ein öffentliches Interesse, den Absichten des Geschädigten entgegenzukommen, indem die Strafe unter keinen Umständen gemildert werden darf, besteht in keiner Weise. Sogar bei der Rechtsmitteleinlegung des Staatsanwaltes darf die zweite Instanz, wie wir gleich sehen werden, die Strafe herabsetzen. Das V. r. i. p. als spezifisches Benefizium zugunsten des Angeklagten, soll nicht über Bedarf ausgedehnt werden. Es auch für den Geschädigten gelten zu lassen, wäre zweifellos zu weit gegangen. Im übrigen ist dieses Problem von untergeordneter Bedeutung, da es in der Praxis eher selten in Erscheinung tritt.

c) Für den Staatsanwalt

Im Akkusationsprozeß tritt der Staatsanwalt formell als Gegenpartei des Angeklagten auf. Er hat die Gründe anzuführen, die eine Verurteilung des Angeklagten erwirken sollen. Allerdings ist zu bemerken, daß der Staatsanwalt dabei nicht um jeden Preis eine Verurteilung des Angeklagten erstreben, sondern in objektiver Weise um eine Abklärung der Sachlage bemüht sein soll. Als Vertreter des Staates hat er, wie auch der Strafrichter, nur das Interesse einer gerechten, einer adäquaten Verurteilung des Täters im Verhältnis zum Delikt.

Die Stellung der Staatsanwaltschaft im Prozeß ist somit eine eigenartige, indem der Staatsanwalt einerseits als Gegenpartei des Angeklagten auftritt, andererseits aber beim Suchen nach der materiellen Wahrheit denselben unter Umständen schützen muß. Wie problematisch die Stellung der Staatsanwaltschaft im Strafprozeß ist, geht am

deutlichsten aus der Schrift von Meyer hervor⁴⁾), der auf den Satz Bindings verweist: „So ist die angebliche Unparteilichkeit des heutigen öffentlichen Klägers reinste Parteilichkeit“, natürlich in dem Sinne, daß auch der Staat beziehungsweise die Staatsanwaltschaft alles Interesse daran habe, sich von dieser seiner Ansicht nach ihm zugeordneten Strafpflicht freizuhalten.

Man kann sich nun allerdings auf den Standpunkt stellen, bei diesen Erwägungen werde die Stellung der Staatsanwaltschaft als eigentliche Prozeßpartei außer acht gelassen. Zwar soll die Staatsanwaltschaft nicht „parteisch“ im schlimmsten Sinne des Wortes sein, und den Angeklagten einzig und allein in ein möglichst schlechtes Licht zu schieben trachten. Aber wenn auch dem obersten Grundsatz des Strafprozesses, Gerechtigkeit walten zu lassen, gedient werden soll, so bleibt in der Staatsanwaltschaft doch immer die Partei, welche geschaffen worden ist, um das Strafklagerecht des Staates selbständig und unabhängig von dem Gerichte auszuüben. Insofern kann also durchaus von einer r. i. p. gegenüber der Staatsanwaltschaft in ihrer Funktion als Partei gesprochen werden (vgl. hierzu Brachvogel „Zulässigkeit der reformatio in peius“ S. 206 ff.).

Wollen wir von einer r. i. p. gegenüber der Staatsanwaltschaft sprechen, so müssen wir uns fragen, was Sinn und Zweck der Staatsanwaltschaft einerseits und die Absicht des V. r. i. p. andererseits sind. Die Beurteilung des Deliktes durch den zweitinstanzlichen, also den höheren Richter, wird im allgemeinen als die rechtlich gewichtigere angesehen als die erstinstanzliche Beurteilung. Sie dient ebenfalls der materiellen Wahrheit, und der Staatsanwalt, dessen Pflicht es ist, ihm bei dieser Aufgabe zu helfen, sollte im allgemeinen das Urteil der zweiten Instanz als das qualifiziertere ansehen, ob dasselbe nun günstiger oder weniger günstig für den Angeklagten lautet. Vor allem aber dürfen wir nie vergessen, daß das V. r. i. p. mit der Absicht aufgestellt wurde, das Los des Angeklagten zu verbessern. Es ist als Schutz und Benefizium des Angeklagten gedacht, und dieses Institut auf die Staatsanwaltschaft ausdehnen zu wollen, hieße sein Ziel zu weit vorzustecken. Würde man ein V. r. i. p. auch gegenüber der Staatsanwaltschaft gelten lassen, so käme man ganz einfach wieder auf die Ebene der Dispositionsmaxime vor zweiter Instanz: Bindung des Richters an die Parteianträge.

Immerhin ist nun folgender sehr wichtiger Punkt zu beachten: Die Staatsanwaltschaft kann ein Rechtsmittel nicht nur zu Ungunsten des Angeklagten (gewissermaßen „zu ihren eigenen Gunsten“) einlegen, sondern auch zu dessen Gunsten. Mit anderen Worten: Die Staats-

4) „Zur Revision der Basler Strafprozessordnung“ S. 40 ff.

anwaltschaft findet selbst, daß das Urteil in erster Instanz dem Angeklagten gegenüber zu hart ausgefallen sei und sucht nun vor zweiter Instanz ein milderes Urteil für ihn zu erreichen. Diese Frage ist etwas heikler, und die Meinungen der Autoren gehen hier denn auch auseinander. Auch regeln die Gesetze dieses Problem nicht einheitlich, wie wir noch sehen werden.

Zur Beantwortung dieser Frage muß man sich vor allem darüber im Klaren sein: Will man ein Verbot ganz allgemein für den Fall, daß zugunsten des Angeklagten ein Rechtsmittel ergriffen worden ist, oder will man ein Verbot nur dann, wenn der Angeklagte das Rechtsmittel selbst ergreift? — Ich glaube, eine praktische Überlegung kann hier die Antwort darauf schon weitgehend geben. Nehmen wir an, die erste Instanz habe ein Urteil gefällt, das dem Angeklagten zu hart erscheint. Er hat die Absicht, zu appellieren, erfährt aber, daß auch der Staatsanwalt gewillt ist, zu seinen Gunsten zu appellieren. In der Gewißheit, daß nun so oder so ein Rechtsmittel zu seinen Gunsten eingelegt wird, verzichtet der Angeklagte auf die selbständige Ergreifung des Rechtsmittels.

Wir sehen also, daß es für den Angeklagten in der Praxis wichtig ist, daß überhaupt ein Rechtsmittel zu seinen Gunsten eingelegt wird. Insofern erscheint es also selbstverständlich, daß der V. r. i. p. ganz allgemein immer dann gelten soll, wenn ein Rechtsmittel zugunsten des Angeklagten ergriffen worden ist. Das scheint mir auch Sinn und Zweck des V. r. i. p. zu sein. Denn es spielt eine weniger große Rolle, wer das Rechtsmittel eingelegt hat; wichtig ist einzig und allein, daß von der zweiten Instanz eine mildere Beurteilung der Sachlage erhofft wird, daß der Angeklagte letzten Endes besser wegkommen soll. — Auf diesen Standpunkt stellen sich auch Zürich (StPO § 399), Basel-Stadt (StPO § 250) und Basel-Land (StPO § 159 Abs. 2).

Demgegenüber sind Probst⁵⁾ und Bennecke-Beling⁶⁾ der Ansicht, eine Ausdehnung des Verbotes für den Fall, daß die Staatsanwaltschaft zugunsten des Angeklagten appelliert habe, ließe sich mit ihrer Stellung im Strafverfahren nicht vereinbaren. Ebenso (in der Gesetzgebung) Bern (StPO Art. 319 in Verbindung mit Art. 301), Appenzell Inner-Rhoden (StPO Art. 64), Wallis (CPP Art. 333 Abs. 2) Glarus (StPO § 147 Abs. 2).

3. Verschärfung der Strafe im Strafpunkt und im Schuldpunkt

Wie bereits darauf hingewiesen wurde, ist die Frage in der Literatur (und Gerichtspraxis) umstritten, ob mit dem Verbot jede Verschärfung

5) „Die Appellation des Strafverfahrens des Kt. Bern“. S. 218 ff.

6) „Lehrbuch des deutschen Reichsstrafprozesses“. S. 443 ff.

des Urteils durch die obere Instanz gemeint sei, oder ob sich das Verbot nur auf die eigentliche Strafe beziehe. Eine Kontroverse erhob sich vor allem, als die deutsche Reichsstrafprozeßordnung in § 331 (Berufung) von „Urteilsverschärfung“ sprach, in den §§ 358 (Kassation) und 373 (Revision) hingegen von „härterer Strafe“. Man wollte deshalb eine absichtlich verschieden gestaltete Textredigierung sehen, der § 331 sich auf das gesamte Urteil beziehend (Strafpunkt und Schuldqualifikation), die andern zwei Paragraphen hingegen nur auf den Schuldpunkt allein.

Ein Urteilsdispositiv besteht neben der Festsetzung der Strafe vor allem noch in der Subsummierung des Tatbestandes unter einen Artikel des Strafgesetzes. Hierbei nun kann es Grenzfälle geben, indem man in guten Treuen verschiedener Meinung sein kann, wie das betreffende Delikt zu qualifizieren sei. Es kann also schwerer oder weniger schwer qualifiziert werden, ohne daß dabei die Strafe in jedem Falle eine Veränderung erfahren müßte. Beides — die Strafe selbst oder nur die Subsummierung — kann also Gegenstand des V. r. i. p. werden.

Dabei ist vorauszuschicken, daß die Tatfrage untrennbar verknüpft ist mit der Rechtsfrage, und der Richter auch die Beweisfrage zu prüfen hat, wenn nur die Rechtsfrage von der Beschwerde ergriffen wird. Denn wenn auch der Oberrichter der Beschwerde folgend nachprüfen kann, ob die Subsumption des Unterrichters dem festgestellten Tatbestand entspricht, ohne dabei in eine Würdigung der Beweisfrage eingehen zu müssen, so käme er doch sofort in Schwierigkeiten, wenn er selbst eine anderweitige Qualifizierung der Tat vornehmen wollte und nun verhindert wäre, in die Beweisaufnahme einzutreten.⁷⁾

Die weitgehendste Fassung des Verbotes, die von Bennecke-Beling,⁸⁾ Lauckner,⁹⁾ Kleinfeller¹⁰⁾ u. a. vertreten wird, geht dahin, daß ganz abgesehen von der Verschärfung der Strafe schon jede schwerere Qualifikation des Deliktes gegen das V. r. i. p. verstoße. Als Gründe werden angeführt: Eine Verurteilung wegen Diebstahls beispielsweise erscheine immer härter wie eine Verurteilung wegen Unterschlagung, auch die öffentliche Meinung würde ein mit höherer Strafandrohung (unbeachtet der ausgefallten Strafe) ausgeführtes Delikt ganz allgemein als verwerflicher ansehen, auch der Leumund des Angeklagten leide darunter.

Kann aber der Ausspruch einer härteren Qualifikation ohne nachfolgende Erhöhung der Strafe als härteres Urteil über die sittliche Qualität aufgefaßt werden?

7) Gerber a. a. O. S. 93.

8) „Lehrbuch des deutschen Reichsstrafprozesses“. S. 443 ff.

9) „Geschichte und Dogmatik der ref. in peius“. S. 71.

10) „Das Verbot der reformatio in peius“. S. 575 ff.

Ein Argument für die Verbietung der rechtlich strengeren Qualifikation sehen Mumm¹¹⁾ und von Lilienthal¹²⁾ darin, daß bei einem eventuellen Rückfall derjenige schlechter gestellt sei, dessen Deliktsqualifikation in zweiter Instanz erhöht wurde.

Dies kann m. E. jedoch kein ausschlaggebender Grund sein. Denn abgesehen davon, daß für den Rückfall nur entscheidend ist, ob der Täter vorbestraft ist oder nicht, nicht aber die Deliktsart, würde es wirklich ein allzu großes Entgegenkommen gegenüber dem Angeklagten bedeuten, wenn man auf künftige Vergehen Rücksicht nehmen wollte. Was der Angeklagte nach Verbüßung seiner Strafe anfängt, liegt in seinem freien Willen, und die zweite Instanz, die gegenwärtig ein Urteil fällen muß, braucht solche Möglichkeiten nicht in Betracht zu ziehen.

Als verbotene r. i. p. erscheint zweifellos in erster Linie die größere Übelszufügung für den Angeklagten, also die Erhöhung der Strafe. Hingegen sollte es dem unabhängigen Rechtsmittelrichter unbenommen sein, die Tat nach seinem Gutdünken zu qualifizieren. Wollte man ihm auch dieses Recht nehmen, so sind ihm überall die Hände gebunden. Der Oberrichter aber soll das Urteil des Unterrichters verbessern, so gut er kann, und nicht in jeder Hinsicht durch die Schranke des „non in peius“ gehindert sein. Sonst handelt er nur noch, wie Gerber¹³⁾ ausführt, „als vom Angeklagten beauftragter Urteilsrevisor, eifrig danach forschend, ob nicht dem armen Angeklagten vom Unterrichter zu viel Leids geschehen.“

Ganz in dieser Richtung äußert sich auch schon ein früher Entscheid des Preußischen Ober-Tribunals vom 11. Januar 1865:¹⁴⁾ ... „Dagegen muß der Appellationsrichter unter allen Umständen die als strafbar bezeichnete Handlung seiner Untersuchung unterwerfen, gleichviel ob dieselbe zur Annahme eines Vergehens oder Verbrechens hinführt. Eine solche Kognition nur insoweit gestatten wollen, als ein Vergehen sich herausstellt, dagegen den Angeklagten sofort freizusprechen, wenn die Handlung als Verbrechen sich qualifizieren würde, verstößt zu sehr gegen das materielle Recht und ist mit dem Zweck der Rechtspflege unvereinbar. Ist aber der Appellationsrichter einmal berufen, das Sachverhältnis zu untersuchen und ist seine Kompetenz durch die Lage, in welcher sich die Sache befindet, notwendig nach dieser Richtung erweitert, so muß er das Resultat seiner Prüfung auch mit dem gesetzlichen Namen aussprechen, er muß die Tat so qualifizieren, wie sie in Wahrheit ist, ohne festgesetzte Schuld.“

11) „Strafprozessuale Fragen“. S. 719 ff.

12) „Das Verbot der reformatio in peius“. S. 38.

13) Gerber a. a. O. S. 47.

14) Gerber a. a. O. S. 93.

Nun ist allerdings zu bemerken, daß auf der andern Seite bestimmte rechtliche Qualifikationen entsprechende Strafen nach sich ziehen, die unter Umständen höher sind als die erstinstanzlich ausgesprochenen.

Ein Beispiel möge dies illustrieren: Unterschlagung wird nach dem schweizerischen StGB mit Gefängnis oder mit Buße bestraft. Wenn nun die erste Instanz wegen Unterschlagung mit zwei Monaten Gefängnis bestraft hat, so darf die zweite Instanz bei rechtlicher Qualifikation der Veruntreuung die zwei Monate beibehalten, da Veruntreuung mit Gefängnis von drei Tagen bis zu fünf Jahren bedroht wird. Die beiden Strafraumen der Unterschlagung und der Veruntreuung decken sich hier also. — Etwas anderes ist es aber, wenn die Strafraumen sich nicht decken, etwa wenn die erste Instanz wegen Zechprellerei auf zehn Tage Haft erkannt hat und die zweite Instanz den Tatbestand des Betruges erfüllt findet; bei Betrug aber ist Mindeststrafe Gefängnis.

Es ist also nicht zu verkennen, daß bei einer anderen Würdigung des Deliktbestandes wegen des Gebundenseins an die unterinstanzliche Strafsetzung mitunter Strafen ausgesprochen werden müssen, die sonst nach dem betreffenden Urteil nicht verhängt werden dürfen.¹⁵⁾

Probst¹⁶⁾ meint, dadurch, daß die obere Instanz dazu kommen könne, eine Strafe auszusprechen, die für das schwerere Delikt nicht vorgesehen sei, werde der Grundsatz „nulla poena sine lege“ verletzt und eine Verwirklichung der Gerechtigkeit geradezu verunmöglicht. In einem solchen Falle bliebe der Appellationsinstanz streng genommen nichts anderes übrig, als auf Freispruch zu erkennen, da sie infolge des V. r. i. p. nicht auf die dem von ihr als zutreffend gefundenen Delikte entsprechende Strafe erkennen dürfe, in der Sache selbst aber doch ein Urteil fällen müsse.

Daß ein Freispruch im Grunde genommen die logische Konsequenz davon sei, daß die zweite Instanz rechtlich schwerer qualifizieren wolle, taucht in der Literatur immer wieder auf.¹⁷⁾ Es ist von folgender Überlegung der zweiten Instanz auszugehen: „Mit der Qualifikation der ersten Instanz sind wir nicht einverstanden; die Deliktstat muß strenger qualifiziert werden. Eine strengere Qualifikation hätte aber unter den vorliegenden Umständen eine strengere Bestrafung zur Folge. Eine strengere Bestrafung aber darf wegen des V. r. i. p. nicht ausgesprochen werden. Da wir nun an unserer Qualifikation der Tat festhalten wollen, andererseits die entsprechende Strafe nicht aussprechen dürfen, wäre es ungesetzlich, die erstinstanzliche Strafe auszusprechen und dabei die schwerere Qualifikation zu verwenden. Es bleibt uns also nichts

15) Zurbrügg, „Zulässigkeit und Umfang der Appellation“. S. 75 ff.

16) a. a. O. S. 220 ff.

17) Vgl. u. a. von Lilienthal a. a. O. S. 315 ff. Thode a. a. O. S. 38 ff.

anderes übrig, als den Angeklagten freizusprechen.“ Natürlich ist diese Konsequenz, wenn auch in ihrer Überlegung nicht unrichtig, kriminalpolitisch völlig unhaltbar, und die Autoren machen auf die Möglichkeit eines Einspruches denn auch mehr in hinweisendem Sinne aufmerksam, ohne sie jedoch zu befürworten.¹⁸⁾

Von Kries¹⁹⁾ kommt zum Schluß, daß trotz dieser Bedenken eine rechtlich schlechtere Qualifikation durch die zweite Instanz in jedem Falle zuzulassen sei. Die Feststellung von Strafmehrungs- oder Qualifikationsgründen dürfe nicht deshalb unterbleiben, weil ja doch auf keine höhere Strafe erkannt werden könne.

In diesem Zusammenhange ist ein Entscheid des Basler Appellationshofes (SJZ Band 41 No. 323) äußerst aufschlußreich, der ausführt: „In Anlehnung an die Praxis des Bundesgerichtes der für Kassationsentscheide getroffenen Lösung ist die richtige Qualifikation in die Entscheidungsgründe zu verweisen, wenn sie nach dem Gesetz notwendig einer schärferen Strafe als der erstinstanzlich ausgesprochenen rufen würde. Ist sie dagegen wie hier mit der ausgesprochenen Strafe verträglich, so besteht aus dem Gesichtspunkte des erwähnten Verbotes kein Grund, die rechtliche Qualifikation der Tat auch im Dispositiv richtig zu stellen.“

Auch hier zeigt sich also die Problematik, wenn die schärfere Qualifikation nach einer schärferen Strafe ruft. Die Qualifikation im Urteil selbst anzuführen, meint der Basler Appellationshof, sei zu auffällig. Es würde ein Widerspruch entstehen zwischen dem Punkt, der die Deliktsqualifikation anführt, und demjenigen, der die Strafe beschlägt. Immerhin sei das Bedürfnis vorhanden, der Qualifikation der Straftat Ausdruck zu geben: Das könne in der Urteilsmotivierung geschehen, wo das Gericht seine Ansicht auch ausführlicher zum Ausdruck bringen kann als in dem knappen Urteilsdispositiv.

— Wie wir gesehen haben, sind vor allem zwei grundsätzliche Bedenken gegen die Zulassung einer rechtlich strengeren Qualifikation gemacht worden:

Erstens die Interessen des Angeklagten: Es könne dem Angeklagten nicht gleichgültig sein, ob er auf Grund einer strengeren Strafbestimmung verurteilt würde — auch bei gleichbleibender Strafe —, und überdies sei er bei einem eventuellen Rückfall durch die schlechtere Qualifikation zum vornherein prozeßtechnisch weniger günstig gestellt. Zweifellos ist das V. r. i. p. aufgestellt worden, um dem Angeklagten, der zu seinen Gunsten appelliert hat, die Möglichkeit einer

18) Vgl. z. B. Brügger, „Die Rechtsmittel der solothurn. Strafprozessordnung“, S. 32 ff.

19) „Lehrbuch des deutschen Strafprozesses“, S. 662 ff.

strengeren Bestrafung vor zweiter Instanz zu ersparen. Das V. r. i. p. wird jedoch vom Angeklagten in erster Linie dahingehend als Beneficium aufgefaßt, daß es ihn in der zweitinstanzlichen Verhandlung vor einem äußerlich fühlbaren Nachteil schützen soll, und dieser äußerlich fühlbare Nachteil besteht m. E. in der Strafe. Es wäre zu weit gegangen, wollte man auch noch die zweite Instanz an die rechtliche Qualifikation binden, denn dann wäre der manchmal groß angelegte Untersuchungsverlauf vor dieser Instanz unnötig: die zweite Instanz könnte nicht einmal frei ihre Ansicht über die vom Angeklagten begangene Tat zum Ausdruck kommen lassen. Es genügt, wenn sie an die erstinstanzlich ausgefallte Strafe gebunden ist. — Was die Eventualität des Rückfalls betrifft, ist schon weiter oben angeführt worden, daß dieses Moment nicht berücksichtigt werden kann, da die Zukunftsgestaltung vom Angeklagten abhängt und nicht die Rechtsmittelinstanz binden soll.

Die zweite Frage ist nun die, ob eine rechtlich schwerere Qualifikation deswegen ausgeschlossen werden sollte, weil unter Umständen vor zweiter Instanz laut Gesetz eine schwerere Strafe verhängt werden müßte. Wie oben angeführt, hat diese Tatsache verschiedene Autoren veranlaßt, in diesem Falle eine rechtlich schwerere Qualifikation nicht zuzulassen. Darunter sogar solche, die der Meinung waren, man müsse — streng genommen — den Angeklagten freisprechen, da die erstinstanzliche Qualifikation nicht zutreffe, nach der zweitinstanzlichen Qualifikation jedoch eine schärfere Strafe verhängt werden müßte, was aber wegen des V. r. i. p. nicht möglich sei. Man ist jedoch nicht bei dieser unbefriedigenden Lösung stehengeblieben, sondern hat sich gesagt, in einem solchen Falle müsse eben das Rechtsmittel verworfen werden (im deutschen Recht ist auch die Verwerfung der Berufung möglich), oder es müsse das erstinstanzliche Urteil bestätigt werden — auf die Gefahr hin, daß dies für eine zuverlässige Rechtsprechung ein Kompromiß sei.

Zweifelloos besteht eine Diskrepanz, wenn nach der Qualifikation der zweiten Instanz eine schwerere Strafe verhängt werden müßte, aus Gründen des V. r. i. p. jedoch die erstinstanzliche Strafe beibehalten werden muß. Wir müssen uns aber vor Augen halten, daß das V. r. i. p. eine Ausnahmbestimmung ist, und einen Einbruch in das dem Strafprozeß eigene Prinzip der materiellen Wahrheitsforschung bedeutet; und Ausnahmbestimmungen haben es in sich, zu unebenen Konsequenzen zu führen. Wir müssen in unserem Falle die Diskrepanz in Kauf nehmen — dafür fällt die Strafe in zweiter Instanz unter keinen Umständen höher aus, und der Angeklagte erfreut sich des (verdienten oder unverdienten) Benefiziums des V. r. i. p. Der zweiten Instanz aus diesen Gründen auch noch die Hände zu binden in Bezug

auf die rechtliche Qualifikation der Tat, scheint mir zu weit gegangen. Denn in diesem Moment würde die Rechtsmittelinstanz ausschließlich zu der Funktion verurteilt, das erstinstanzliche Urteil daraufhin zu prüfen, ob es zu hart für den Angeklagten sei, und wenn nicht, dasselbe zu bestätigen.

Die schweizerische Gerichtspraxis hat sich fast durchwegs auf den Standpunkt gestellt, das Verbot beziehe sich ausschließlich auf die höhere Strafe. Ein Entscheid des Militärkassationsgerichtes (IV. Band No. 142) führt aus: „Art. 160 Abs. 2 gilt im Kassationsverfahren nicht (Art. 160 Abs. 2 besagt, der Angeklagte dürfe nicht auf Grund anderer Strafbestimmungen als die in der Anklage angerufenen verurteilt werden, ohne daß er zuvor auf die rechtliche Veränderung der Gesichtspunkte aufmerksam gemacht worden sei). Das V. r. i. p. steht, wenn einzig der Angeklagte die Kassation verlangt hat, der Schuldigerklärung wegen eines schwereren Deliktes nicht entgegen, wohl aber wegen einer strengeren Bestrafung. — Das V. r. i. p. bedeutet bloß, daß der Angeklagte, wenn nicht der Auditor Kassationsbeschwerde erhoben hat, nicht strenger bestraft werden darf als in der Vorinstanz.“

Und das Kriegswirtschaftliche Strafappellationsgericht stellt sich auf denselben Standpunkt (3. Band S. 69 No. 30): „Le Tribunal Fédéral a jugé que seule la condamnation proprement dite constituait le dispositif d'un jugement pénal et que la déclaration de culpabilité, même si formellement elle était reproduite dans le corps du dispositif, ne participait pas à l'autorité de chose jugée. . . . Rien ne s'oppose à la modification de l'état de fait contre l'appellant, dans la mesure où il n'en résulte pas une aggravation de la condamnation. Telle est l'interprétation pour l'art. 121.“

Soweit also Entscheide des Bundesrechtes vorhanden sind, wird das V. r. i. p. nur mit Bezug auf die eigentliche Strafe angewandt, nicht aber auf die rechtliche Qualifikation der Straftat.

Aus Zürich sind uns drei Entscheide zu diesem Problem überliefert. BZR Band XXXII Nr. 61: „G. wurde von der Bezirksanwaltschaft angeklagt. . . . Die Anklage lautet auf wiederholte Vornahme unzüchtiger Handlungen mit Kindern im Sinne von § 124 StGB. Das Bezirksgericht fand, die Geschädigte sei kein Kind im Sinne von § 124 mehr gewesen (§ 124 spricht von „Kindern“, ohne diese aber bezüglich ihres Alters zu definieren), hingegen erklärte es den Angeklagten der Verführung einer Minderjährigen zur Unzucht im Sinne von § 116 StGB schuldig. Auf Berufung des Angeklagten erkannte das Obergericht auf § 124. — Die Verteidigung hatte in der Tatsache, daß das Obergericht im Gegensatz zum Bezirksgericht die Geschädigte als Kind qualifizierte, eine verbotene r. i. p. gesehen, jedoch heißt es in den Motivierungen des Obergerichtes: „Dann hatte es (das Obergericht) aber

als erkennende Instanz sowohl Recht wie Pflicht, völlig unabhängig von Überlegungen des Bezirksgerichtes selbständig zu prüfen, ob die einzelnen Tatbestandsmomente des § 124 gegeben seien."

BZR Band XXXVII Nr. 45: „Gemäß § 185 StPO ist das Gericht an die rechtliche Beurteilung des Tatbestandes, welcher der Anklage zugrunde liegt, wie aus § 398 zu folgern ist, auch für das Berufungsverfahren. Die Verurteilung des Angeklagten S. auf Grund einer schärferen Strafbestimmung als der in der Anklage angerufenen und von der Vorinstanz zur Anwendung gebrachten ist daher, nachdem der Angeklagte S. in der heutigen Verhandlung Gelegenheit erhalten hat, sich dazu auszusprechen, zulässig, obwohl das Urteil der Vorinstanz im Schuldpunkt von der Staatsanwaltschaft nicht angefochten worden ist.“

Nicht einig mit dieser Ansicht geht eine Fußnote zu diesem Entscheid, welche ausführt: „Auf das Rechtsmittelverfahren finden die Bestimmungen über das Hauptverfahren Anwendung, soweit sie nicht durch die Bestimmungen des IX. Abschnittes geändert werden, zu denen das V. r. i. p. gehört. Um eine solche handelt es sich doch wohl, wenn an Stelle des einfachen auf das qualifizierte Delikt erkannt wird, auch wenn die Strafe sich gleich bleibt.“

Doch hält die neueste obergerichtliche Praxis weiterhin an der bisher von ihr vertretenen Ansicht fest:

BZR Band XXXXVIII Nr. 200: „Unter das Verbot fällt nur die schärfere Bestrafung, nicht auch die schwerere Wertung der Straftat, z. B. Annahme von Vorsatz statt Fahrlässigkeit, und schon gar nicht eine bloße Verdeutlichung des Schuldspruchs.

§ 399: Mit der Vorschrift des § 399 StPO wird, sofern nur der Angeklagte selbst ein Rechtsmittel eingelegt hat, die Abänderung des Urteils zu seinen Ungunsten untersagt. Dem allgemeinen Sinn dieser Vorschrift liegt der Gedanke zugrunde, daß ein solcher Angeklagter nicht mit einer schärferen Strafe belegt werden dürfe, als dies mit dem angefochtenen Urteil geschehen ist. Das ist ein allgemein anerkannter Grundsatz für das Rechtsmittelverfahren des Strafprozeßrechts. Dem gibt z. B. auch Art. 319 des bernischen Gesetzes über das Strafverfahren vom 20. Mai 1928, obschon es im ersten Absatz auch von einer Abänderung des Urteils zu Ungunsten des Appellanten spricht, noch dadurch Ausdruck, daß es im Abs. 2 anfügt: „Als Abänderung zu Ungunsten des Appellanten gilt jedoch nur die schärfere Bestrafung.“ Die Praxis zu dieser Bestimmung nimmt den Standpunkt ein, daß auch eine schwerere Deliktsqualifikation, z. B. Ehrverletzung statt Beschimpfung, Diebstahl statt unerlaubte Selbsthilfe, bei gleichbleibender Strafe keine schärfere Bestrafung sei (Waiblinger). Für das deutsche Recht, das im Gesetze das V. r. i. p. in die Worte kleidet „so darf das Urteil eine härtere Strafe als die im ersten genannte nicht

verhängen“ (StPO § 398), spricht sich von Kries im Lehrbuch des deutschen Strafprozesses S. 363 im gleichen Sinne aus. Der Sinn der in Frage stehenden Bestimmung des zürcherischen Strafprozeßrechtes kann kein anderer sein. Bei Nennung eines Straftatbestandes im Dispositiv eines Urteils ohne ausdrücklichen Hinweis auf die Fahrlässigkeitsform ist ohne weiteres auf die vorsätzliche Begehung der Tat zu schließen, weil Fahrlässigkeit nur ausnahmsweise zur Bestrafung führt. Die von einem Urteilsspruch zu verhängende Klarheit erfordert die vom Obergericht vorgenommene Verdeutlichung. Darin liegt keine Verletzung einer Prozeßvorschrift, da ja materiell am Entscheide in Sinne des bezirksgerichtlichen Urteils nichts geändert worden ist. “

Kanton Bern: Gerade über dieses Problem der rechtlichen Qualifikation beim Verbot hat sich die Polizeikammer wiederholt geäußert, ja sie änderte sogar den Standpunkt, indem sie im Entscheid M. R. B. 10 Nr. 83 zuerst der Auffassung war, eine rechtlich schwerere Qualifikation sei eine r. i. p., später jedoch mehrfach entschied, daß neben der freien, oberinstanzlichen Würdigung des objektiven Tatbestandes auch die Schuldigerklärung für ein schwereres Delikt angängig sei. Nur dürfe hierbei keine Verurteilung zu einer härteren Strafe erfolgen.²⁰⁾

Ein weiterer Entscheid der Polizeikammer ist in ZBJ Band 41 S. 104 zu finden: „Auch wenn die Staatsanwaltschaft nicht appelliert hat, ist die Polizeikammer in der Qualifikation des eingeklagten Tatbestandes frei.“

Die neue StPO des Kantons Bern bestimmt sogar in Art. 319 Abs. 2 ausdrücklich: „Als Abänderung zu Ungunsten des Angeschuldigten gilt jedoch nur die schärfere Bestrafung.“

Im Gegensatz zu den zitierten Entscheiden besagt ein Urteil des Basler Appellationshofes (SJZ Band 41 Nr. 323) „Das V. r. i. p. gilt auch für die Änderung der rechtlichen Qualifikation durch die zweite Instanz.“ Basel-Stadt steht also auf dem Standpunkt, als verbotene r. i. p. sei jede Verschärfung des Urteils anzusehen, auch die rechtliche Qualifikation.

4. Das Verbot der reformatio in peius und die einzelnen Strafarten

Nachdem wir zum Schluß gekommen sind, daß es in jedem Falle eine verbotene r. i. p. bedeutet, die Strafe vor zweiter Instanz zu Ungunsten des Angeklagten zu verschärfen, müssen wir darangehen, die

²⁰⁾ Zurbrügg a. a. O. S. 74/5.

Strafen im einzelnen zu untersuchen; denn auch hier können sich Grenzfälle ergeben, wie wir gleich sehen werden.

Die (Haupt-)Strafen im schweizerischen Strafgesetzbuch sind Buße, Haft, Gefängnis und Zuchthaus. Hier schon erhebt sich die Frage, ob wegen eines V. r. i. p. niemals statt Buße Haft, statt Haft Gefängnis, statt Gefängnis Zuchthaus ausgesprochen werden dürfe. Es stellt sich m. a. W. das Problem, ob diese Grenzen absolut seien, ob nicht etwa eine kleine Haftstrafe doch milder sei als eine hohe Buße.

Man kann den Standpunkt vertreten, jede Verhängung einer schärferen Straftat sei eine verbotene r. i. p. Die Abgrenzung der einzelnen Straftaten wird in diesem Falle als absolute angesehen, von Buße darf nie auf Haft, von Haft nie auf Gefängnis, von Gefängnis nie auf Zuchthaus übergegangen werden. Von Kries²¹⁾ begründet diese Theorie damit, daß das StGB kein Verhältnis zwischen den Straftaten bestimme und es daher willkürlich wäre, welchen größeren Betrag man einer bestimmten Gefängnisstrafe gleichsetzen wolle. Überdies scheine auch abgesehen hiervon die längere Dauer stets als härter. Daß nie zu einer härteren Straftat gegriffen werden dürfe, stellen auch Waiblinger²²⁾ und Löwe-Rosenberg²³⁾ fest.

Für Italien kann man eine solche Interpretierung aus dem Gesetzestext ablesen, indem Art. 515 Abs. 3 der CPP bestimmt: „... il giudice non può infliggere una pena più grave per specie o quantità ...“

Zweifellos bestünde in konsequenter Anwendung dieses Vorgehens eine sichere „Wegleitung“ für das Bestehen oder Nichtbestehen einer verbotenen r. i. p. Sie kann jedoch, wie wir gleich sehen werden, in verschiedenen Fällen unter Umständen zu einigen Unzukömmlichkeiten führen. Ich denke da weniger an die Abgrenzung der Freiheitsstrafen unter sich, die ziemlich klar sein dürfte: Es erscheint selbstverständlich, daß die zweite Instanz ein erstinstanzliches Urteil auf Haft nicht in Gefängnis, oder ein erstinstanzliches Urteil auf Gefängnis nicht in Zuchthaus verschärfen darf. Umgekehrt wird die Sache bereits problematischer: Die zweite Instanz kann zu einer milderen Straftat greifen, deren Dauer aber verlängern wollen. Auch Gerber²⁴⁾ kommt darauf zu sprechen und meint, die Grenze könne nicht immer als absolute hingenommen werden, sondern es sei dem Ermessen des Richters ein gewisser Spielraum zu gewähren.

Jedenfalls erscheint mir die längere Freiheitsstrafe stets als härter, ob sie nun Haft, Gefängnis oder Zuchthaus sei. Zu einem V. r. i. p. ge-

21) a. a. O. S. 662 ff.

22) „Das Strafverf. für den Kt. Bern“. Bem. zu Art. 319.

23) „Die StPO für das deutsche Reich“. S. 898 ff.

24) „Das V. r. i. p. im Reichsstrafprozeß“. S. 15 ff.

hört also in jedem Falle die Heraufsetzung der Strafdauer, auch wenn die Art der Freiheitsstrafe gemildert wird.

Bleibt nun noch die Frage, wie die Freiheitsstrafen allgemein im Verhältnis zur Geldbuße stehen, ob z. B. eine geringe Freiheitsstrafe in jedem Falle härter ist denn eine hohe Buße.

Der von Thode²⁵⁾ angeführte Entscheid des Reichsgerichtes (E. II, 205 ff.) erachtet eine Geldstrafe unter allen Umständen weniger hart als eine Freiheitsstrafe. Thode tritt dieser Ansicht entgegen und führt folgenden Gedankengang an: „Dem widersprechen die Tatsachen, denn offenbar kann selbst das geringste Maß der zu vergleichenden Strafen dem einzelnen, je nach seiner Individualität, Lebensstellung und Vermögenslage in ganz verschiedenem Grade fühlbar sein: Dem Wohlhabenden bedeutet die Geldstrafe überhaupt keinen wahrnehmbaren Nachteil, während er eine auch nur eintägige Freiheitsstrafe ihn vielleicht aufs Empfindlichste treffen würde — für einen mittellosen Landstreicher sind die paar Mark oft geradezu unerschwinglich, eine Freiheitsstrafe würde er, zumal im Winter, möglicherweise wie eine Wohltat begrüßen.“

Dieser Gedankengang hat zweifellos einige Berechtigung. Er darf uns jedoch nicht dazu verführen, das Problem der V. r. i. p. nur vom konkreten Fall aus zu sehen. Was wir suchen müssen, ist eine allgemeine Formel, die unter Hintansetzung der konkreten Verhältnisse einen annehmbaren Vergleichsmaßstab zwischen Geldstrafe und Freiheitsstrafe gibt.

Nun hat das schweizerische StGB in Art. 49 Ziff. 3 Abs. 3 zehn Franken Buße einem Tag Haft gleichgesetzt. Wohlverstanden: Dieser Artikel ist keineswegs als Hilfsschlüssel für die Frage nach dem V. r. i. p. gedacht, sondern für den Fall der Uneinbringlichkeit einer Geldbuße.

Auch die deutsche StPO enthält eine analoge Bestimmung. Aus der Tatsache jedoch, daß diese Bestimmung nichts mit dem V. r. i. p. zu tun hat, kommen Thode²⁶⁾, Lauckner²⁷⁾ und Brachvogel²⁸⁾ zur Ablehnung ihrer Anwendung im Zusammenhang mit dem V. r. i. p. und stellen das Verhältnis der Geldstrafe zur Freiheitsstrafe lediglich in das Ermessen des Rechtsmittelrichters, der von Fall zu Fall entscheiden soll. Anderer Ansicht (für das schweizerische Recht) ist Zurbrügg²⁹⁾, der feststellt, bei einer erstinstanzlichen Gefängnisstrafe dürfe oberinstanzlich nicht auf eine Geldbuße erkannt werden, die sich bei einer

25) „Das Verbot der reformatio in peius“. S. 23—27.

26) a. a. O. S. 23—27.

27) a. a. O. S. 63—66.

28) Zulässigkeit der reformatio in peius“. S. 219 ff.

29) a. a. O. S. 75 ff.

Umwandlung nach Art. 8 des Bundesstrafrechts und Art. 523 des bernischen Strafverfahrens höher als die Gefängnisstrafe herausstelle.

Wenn auch zuzugeben ist, daß StGB Art. 49 Ziff. 3 Abs. 3 sich nicht auf das V. r. i. p. bezieht, so ist doch festzuhalten, daß er uns einen gewissen Anhaltspunkt gibt. Man tappt nicht mehr vollständig im Dunkeln bei Beantwortung der Frage, eine wie hohe Buße nun gegenüber einer Freiheitsstrafe als verbotene r. i. p. anzusehen sei. Dieses Moment hat der Richter bei seiner Urteilsausfällung zweifellos zu berücksichtigen. Daneben kann er immer noch von Fall zu Fall seine Sentenz den konkreten Umständen anpassen.

Publizierte Gerichtsentscheide über diesen Fragenkomplex sind im Gebiete der Schweiz nicht erschienen.

5. Besonderes Problem der Nebenstrafen und sichernden Maßnahmen

Daß die Hinzusetzung einer zweitinstanzlichen Haupt- oder Nebenstrafe als r. i. p. erscheint, darüber ist man sich allgemein einig, ebenfalls darüber, daß die Strafart vor zweiter Instanz nicht verschärft werden dürfe. Die Hinzufügung einer Nebenstrafe vergrößert das Strafübel, sie muß vom Angeklagten in jedem Falle als r. i. p. angesehen werden.

Wie ist es nun aber, wenn die erstinstanzliche Hauptstrafe von der zweiten Instanz herabgesetzt und dafür auf eine von der ersten Instanz nicht ausgesprochene Nebenstrafe erkannt oder die erstinstanzliche Nebenstrafe verschärft wird?

Während Gerber³⁰⁾ und von Kries³¹⁾ in keinem Falle die zusätzliche Verhängung einer Nebenstrafe vor zweiter Instanz zulassen wollen, will Löwe-Rosenberg³²⁾ eine solche nicht verbieten, wenn die Freiheitsstrafe ermäßigt wird.

Bei der Frage, ob vor zweiter Instanz eine Nebenstrafe bei Herabsetzung der erstinstanzlichen Freiheitsstrafe zuzulassen sei, hat die Bemerkung Gerbers, es fehle an einem vergleichenden Maßstab Hauptstrafe/Nebenstrafe, viel für sich. Ein solch vergleichender Maßstab wäre nämlich notwendig, um das Vorliegen einer r. i. p. einwandfrei beurteilen zu können.

Eine andere Frage ist die, ob deswegen eine zweitinstanzliche Nebenstrafe oder die Verschärfung einer erstinstanzlichen Nebenstrafe gänzlich und unter allen Umständen auszuschließen sei. Es gibt nun

30) a. a. O. S. 23.

31) a. a. O. S. 662 ff.

32) a. a. O. S. 898 ff.

allerdings Nebenstrafen, die sehr schwer wirken, wie z. B. das Verbot der Ausübung eines Berufes oder der Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte. Und insofern ist Löwe-Rosenberg nicht zuzustimmen, wenn er schreibt, bei Ermäßigung der Freiheitsstrafe dürfe das Berufungsgericht den Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte entsprechend ausdehnen. Ganz abgesehen davon taucht in der Praxis ja wohl kaum der Fall auf, wenn man in zweiter Instanz die Freiheitsstrafe ermäßigt, dem Angeklagten den Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte ausdehnen will. Denn das ist gerade eine solche Nebenstrafe, die nur mit der Höhe der Hauptstrafe wächst — es wäre ja geradezu paradox, den Angeklagten vor zweiter Instanz der bürgerlichen Ehrenrechte weniger würdig zu finden, trotzdem man ihm anderseits die Freiheitsstrafe mildert. Das Bundesgericht (BGE 70 IV 52) stellt fest, daß die Einstellung in der bürgerlichen Ehrenfähigkeit nicht allein die in StGB Art. 52 Ziff. 2 angeführten Folgen habe, sondern auch weitere Wirkungen von erheblicher, insbesondere wirtschaftlicher Tragweite. Unter Umständen könne der Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte den Verurteilten sogar schwerer treffen als die Gefängnisstrafe. Mit Recht wurde denn auch gefordert, diese Nebenstrafe sei „nur mit Zurückhaltung und nach strenger Prüfung der gesetzlichen Voraussetzungen“ auszusprechen.

In die gleiche Kategorie fällt, wie schon erwähnt, das Verbot der Ausübung eines Berufes; ferner ebenso die Amtsentsetzung. Dies alles sind Nebenstrafen, die eher Disziplinarcharakter, Strafcharakter, aufweisen, und es wäre schon zum vornherein nicht gut möglich, sie vergrößern zu wollen, während man anderseits in der Herabsetzung der Freiheitstrafe kundtut, daß man vor zweiter Instanz das Verschulden des Angeklagten weniger schwer bemißt. Es wäre also hier dem Standpunkt Gerbers zuzustimmen, der eine Nebenstrafe oder eine Ausdehnung derselben vor zweiter Instanz überhaupt nicht gestatten will.

Es gibt nun aber noch eine zweite Kategorie von Nebenstrafen, die den Angeklagten weniger entehrend oder für sein Fortkommen weniger empfindlich treffen, sondern die eher Sicherungscharakter haben. Dazu gehören der Entzug der elterlichen Gewalt und der Vormundschaft, sowie das Wirtshausverbot. Hier kann man sich gut vorstellen, daß die zweite Instanz findet, der Angeklagte habe schuldhaft nicht so verwerflich gehandelt, als daß die von der ersten Instanz ausgesprochene Freiheitsstrafe gerechtfertigt sei, anderseits aber empfehle es sich, zugunsten der Kinder oder Pflegebefohlenen (resp. Mündel) die elterliche Gewalt, resp. die Vormundschaft dem Angeklagten zu entziehen. Ähnlich kann sich die Sachlage beim Wirtshausverbot herausstellen: Die zweite Instanz findet, das Vergehen sei weniger der Schuldhaftigkeit und Böswilligkeit als vielmehr dem Alkoholismus

des Angeklagten zuzuschreiben. Sie setzt deshalb die Freiheitsstrafe herab und erhöht das Wirtshausverbot angemessen oder setzt ein solches fest.

Bei der Ausfällung einer Nebenstrafe kann man also nicht umhin, dem Richter der zweiten Instanz einigen Spielraum zu lassen, wobei er vor allem die Art der Nebenstrafe zu berücksichtigen hat. Daß bei Herabsetzung der erstinstanzlichen Freiheitsstrafe keine Ausfällung oder die Verschärfung einer Nebenstrafe stattfinden dürfe, dies zu rechtfertigen besteht kein zwingender Grund. Das V. r. i. p. ist dadurch noch nicht verletzt.

6. Frage der Gesamtstrafe

Ein weiteres Problem beim V. r. i. p. stellt sich darin, wie sich die zweite Instanz zu verhalten hat, wenn von der ersten eine Gesamtstrafe für mehrere Delikte ausgesprochen worden ist.

Einig sind sich selbstverständlich alle Autoren darin, daß eine Erhöhung der Gesamtstrafe eine r. i. p. bedeuten würde. Geteilter Meinung sind sie dann, wenn es sich darum handelt, ob die Dauer der Gesamtstrafe bei teilweisem Freispruch vor zweiter Instanz beibehalten werden dürfe.

Aus der Tatsache, daß die Gesamtstrafe ein Resultat verschiedener Einzelstrafen ist, leiten verschiedene Autoren ab, daß bei teilweisem Freispruch die Gesamtstrafe nicht beibehalten werden dürfe. Weniger Einzelstrafen rufen nach einer kleineren Gesamtstrafe, und folglich gilt die Beibehaltung der Gesamtstrafe bei teilweisem Freispruch vor zweiter Instanz als verbotene r. i. p. Denn „die Gesamtstrafe ruht auf der unerschütterlichen Feststellung der Einzelstrafen“, wie Lauckner³³⁾ sich ausdrückt. Die gleiche Ansicht vertreten Gerland³⁴⁾ und Löwe-Rosenberg³⁵⁾.

Der gegenteilige Standpunkt geht dahin, daß eine Beibehaltung der Gesamtstrafe in keinem Fall eine r. i. p. bedeutet. Er stellt nur darauf ab, wie der Verurteilte im Endresultat der Strafe getroffen wird, und dieses Endresultat ist die Gesamtstrafe. Hier schreibt Seuffert³⁶⁾ in

33) a. a. O. S. 67

34) „Der deutsche Strafprozeß“. S. 413.

35) a. a. O. S. 898 ff.

36) „Die r. i. p. im neueren, insbes. bayr. Strafprozeß“. S. 71.

genauem Gegensatz zu Lauckner: „Das Verbot bezieht sich nicht auf die einzelnen Faktoren, sondern auf das Resultat der Entscheidung.“ Ähnlich äußern sich Kohlrausch³⁷⁾, Waiblinger³⁸⁾ und Probst³⁹⁾.

Wenn auch die Idee, daß das V. r. i. p. nur auf die Gesamtstrafe als Endresultat bezogen werden darf, zweifellos viel für sich hat, ist doch auf einen besonderen Umstand hinzuweisen, der bei solcher Handhabung des Verbotes auftauchen kann: Der Umstand nämlich, daß bei teilweisem Freispruch und Beibehaltung der Gesamtstrafe der Strafraumen der verbleibenden Einzeldelikte gesprengt wird: Nehmen wir zum Beispiel an, der Verurteilte sei vor zweiter Instanz, unter Freispruch von zwei andern Delikten, nur noch der boshaften Vermögensschädigung i. S. v. Art. 149 StGB schuldig befunden worden. Die Gesamtstrafe sei vor erster Instanz sieben Monate Gefängnis gewesen. Boshafte Vermögensschädigung wird aber höchstensfalls mit (3 Monaten) Haft bestraft. Wollte also die zweite Instanz die Gesamtstrafe beibehalten, so wäre der Strafraumen des Art. 149 StGB deutlich gesprengt und somit ein ungesetzliches Urteil erlassen. Um das zu vermeiden aber müßte die Strafe auf höchstens drei Monate Haft festgesetzt werden. Auf dieses Problem weisen auch von Kries⁴⁰⁾ und Feisenberger⁴¹⁾ hin.

Es kann also eine Gesamtstrafe vor zweiter Instanz auch bei teilweisem Freispruch beibehalten werden, da es nur auf das Resultat ankommt, und der Verurteilte durch die Beibehaltung einer Strafe ja nicht schlechter wekommt. Immerhin muß bemerkt werden, daß dabei der Strafraumen des Einzeldeliktcs nicht überschritten werden darf, da sonst eine ungesetzliche Strafe verhängt würde. Bilden also die Höchststrafen der verschiedenen Einzeldelikte zusammengenommen eine weniger härtere als die vor erster Instanz ausgesprochene Gesamtstrafe, so ist das Urteil der zweiten Instanz entsprechend zu mildern. Der Fall dürfte allerdings recht selten vorkommen.

Zum Problem der Gesamtstrafe hat die schweizerische Gerichtspraxis in zwei Entscheidungen Stellung genommen.

Ein Berner Entscheid (ZBJ Band 67 S. 95) geht darauf hinaus, die erstinstanzlich ausgesprochene Gesamtstrafe beizubehalten, auch wenn dadurch infolge eines Freispruches die verbleibenden Delikte verhältnismäßig schwerer geahndet werden: Trotz des teilweisen Freispruches des Angeschuldigten in oberer Instanz kann die Strafkammer in Anbetracht der besonderen Gefährlichkeit des Angeklagten die ersten-

37) a. a. O. Bem. zu § 331.

33) a. a. O. Bem. zu Art. 319.

39) a. a. O. S. 218 ff.

40) a. a. O. S. 662 ff.

41) „Strafprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz“. S. 268.

stanzlich ausgesprochene Korrekthausstrafe von 6 Monaten beibehalten. Darin liegt nicht etwa eine r. i. p.; denn gemäß Art. 319 Abs. 2 StV gilt als Abänderung zu Ungunsten des Angeschuldigten nur die schärfere Bestrafung. Eine solche ist aber nicht darin zu erblicken, daß infolge des teilweisen Freispruchs die verbleibenden Delikte verhältnismäßig schwerer geahndet werden; denn Art. 319 StV handelt vom Verhältnis des erstinstanzlichen zum zweitinstanzlichen Urteil, wobei jedes dieser Urteile nur als ganzes zu behandeln ist.“

Ein Basler Gerichtsentscheid (Entscheidungen des Appellationsgerichtes, Urteil vom 27. September 1910 i. S. Marie M.) befaßt sich mit der Unterscheidung von Gesamtstrafe und Einzelstrafen: „Das Gericht erachtet eine Strafe von insgesamt sieben Monaten Gefängnis für sämtliche der Angeklagten zur Last fallenden Diebstähle nicht als zu hoch. Was die Frage anbelangt, ob auf eine Gesamtstrafe oder auf zwei gesonderte Strafen zu erkennen sei, so ist die Aussprechung einer Gesamtstrafe für alle vor dem 18. Juni 1910 begangenen Diebstähle durch § 46 des Strafgesetzes gegeben.

Mit Bezug auf die nach dem 18. Juni 1910 begangenen Diebstähle trifft dagegen die Voraussetzung des § 46, daß es sich um ein vor der früheren Beurteilung begangenes Verbrechen handle, nicht zu, und es wäre daher für diese späteren Straftaten eine besondere Strafe auszusprechen gewesen. Da jedoch die Staatsanwaltschaft nicht appelliert hat, ist das Appellationsgericht nicht in der Lage, statt der erstinstanzlichen Gesamtstrafe zwei gesonderte Strafen auszusprechen. Denn durch eine solche Zerlegung würde, auch wenn die beiden Strafen zusammen nicht mehr als sieben Monate betragen würden, das erstinstanzliche Urteil zu Ungunsten des Angeklagten verschärft, da es offenbar in der Folge nicht gleichgültig sein kann, ob die Angeklagte erst eine oder ob sie schon zwei Bestrafungen wegen Diebstahls erlitten hat. Das Verbot der *reformatio in peius* ist jedoch ein von der hiesigen Praxis von jeher anerkannter Grundsatz.“

7. Bedingter Strafvollzug

Ist die Verweigerung des erstinstanzlich gewährten bedingten Strafvollzuges eine r. i. p.? Man könnte sich zwar auf den Standpunkt stellen, daß hierbei Dauer und Art der Strafe nicht verschärft würden.

Kohlrausch⁴²⁾ schreibt, daß das Reichsgericht die Beseitigung des bedingten Straferlasses nicht als r. i. p. betrachte. Doch meint er hierzu, dies sei prozeßpolitisch sehr bedenklich.

42) a. a. O. Bemerkungen zu § 331.

Es ist ganz offensichtlich, daß eine solche Beseitigung des bedingten Strafvollzuges vor zweiter Instanz unbedingt eine r. i. p. für den Angeklagten darstellen muß. Ganz abgesehen davon, daß eine bedingte Verurteilung im Strafregister früher gelöscht werden kann, ist es doch einleuchtend, daß den Angeklagten die Aufhebung eines bedingten Strafvollzuges unter allen Umständen schwerer treffen muß. Daran würde sogar nicht einmal die Herabsetzung der Strafe in ihrer Dauer viel ändern. Ich habe einmal eine Appellationsbegründung einer erstinstanzlich Verurteilten gelesen, in der sie schrieb, sie appelliere einzig aus dem Grunde, weil sie unbedingt verurteilt worden sei; lieber solle man sie „zu zehn Jahren Gefängnis bedingt verurteilen als zu zwei Monaten unbedingt.“

Ein Entscheid, der auch dieses Problem berührt, ist in ZBJ Band 76 S. 501 zu finden: „Die Erhöhung der Dauer einer Freiheitsstrafe bedeutet auch dann eine r. i. p., wenn der erstinstanzlich nicht gewährte Straferlaß in oberer Instanz gewährt wird.“

8. Anrechnung der Untersuchungshaft

Ist die zweite Instanz daran gebunden, wenn die erste Instanz die Untersuchungshaft auf die Strafe angerechnet hat?

In der Literatur finden sich keine Stimmen, die das Gegenteil befürworten. Und eine Bindung der zweiten Instanz an die Anrechnung der Untersuchungshaft, wie sie vor erster Instanz gemacht wurde, ist denn m. E. auch recht und billig. In diesem Sinne bedeutet die Nichtanrechnung der erstinstanzlichen Untersuchungshaft eine Verschärfung der Strafe, und sie ist daher auszuschließen.

Grundsatz ist, daß die Untersuchungshaft dem Angeklagten auf seine Freiheitsstrafe angerechnet wird, und demzufolge die Freiheitsstrafe in ihrer Dauer vermindert wird, es sei denn, der Angeklagte habe durch sein Verhalten die Untersuchungshaft verursacht oder unnötig verlängert.

Es liegt nun klar zutage, daß ein allfälliges Weglassen dieser Anrechnung der Untersuchungshaft praktisch eine längere Dauer der Freiheitsstrafe zur Folge haben und also eine r. i. p. bedeuten würde. Etwas anderes ist es allerdings, wenn die Freiheitsstrafe entsprechend herabgesetzt wird; dann steht einer proportionalen Nichtanrechnung der Untersuchungshaft vor zweiter Instanz nichts mehr im Wege.

V. Grundsätzliche Stellungnahme zum Verbot überhaupt

Zur Befürwortung des V. r. i. p. werden in der Literatur im allgemeinen zwei Argumente angeführt. Erstens wird darauf hingewiesen, daß vor zweiter Instanz das Dispositionsprinzip herrschte: Dadurch sei der zweitinstanzliche Richter an die Parteianträge gebunden und könne folglich aus dem Grundsatz „ne eat iudex ultra petita partium“ heraus nicht ein Urteil zugunsten der nicht antragstellenden Partei (und zugleich zu Ungunsten der antragstellenden Partei) fällen. Als zweites Argument wird angeführt, das V. r. i. p. sei aus Billigkeitsgründen dem Angeklagten gegenüber statuiert worden. Ein vor zweiter Instanz auf mildere Beurteilung hoffender Angeklagter dürfe nicht durch die Möglichkeit einer Urteilsverschärfung von der Ergreifung eines Rechtsmittels abgehalten werden.

Diese beiden Argumente sollen zuerst näher untersucht werden; anschließend werden die Gründe gegen ein V. r. i. p. angeführt, die sich dahin zusammenfassen lassen, daß ein Verbot dem Prinzip der materiellen Wahrheitserforschung widerspreche und der zweiten Instanz durch das V. r. i. p. oft die Hände gebunden würden, derzufolge sie kein ihrer Ansicht entsprechendes Urteil fällen könne.

1. Die Herleitung des Verbotes aus dem Dispositionsprinzip und die Theorie der relativen Rechtskraft

Der Oficialmaxime diametral gegenüber steht das sog. Dispositionsprinzip, die Parteimaxime. Wie der Name schon sagt, ist es hier nicht der Richter, die staatliche Instanz, die von sich aus nach der materiellen Wahrheit forscht, sondern die Parteien bestimmen den Prozeßstoff, auf ihre Anträge muß der Richter eingehen, über sie hinaus darf er nichts festsetzen oder zusprechen.

Während man sich durchwegs einig ist, daß im Strafprozeß auch vor zweiter Instanz das Oficialprinzip herrscht, gibt es einige

Autoren, die das Verfahren vor der zweiten Instanz als unter der Dispositionsmaxime stehend ansehen.

Birkmeyer¹⁾ meint, in den Rechtsmittelinstanzen sei das Gericht durch die Anträge der Parteien gebunden. Es dürfe von vornherein das angefochtene Urteil nicht weiter nachprüfen und aufheben als es von den Parteien beantragt worden ist. Kohlrausch²⁾ spricht von „Zurückdrängung des Officialprinzips durch das Dispositionsprinzip, sobald der Strafanspruch des Staates die erste Instanz passiert hat.“ Kohlrausch weist auch auf den Zusammenhang zwischen erst- und zweitinstanzlicher Beurteilung hin. Gerade im V. r. i. p. will er ein Kriterium dieses Zusammenhanges sehen: durch dieses nämlich sei die zweite Instanz bis zu einem gewissen Grade an das erstinstanzliche Urteil gebunden.

Nun ist es allerdings richtig, daß durch das V. r. i. p. die zweite Instanz in einem gewissen Grade an das erstinstanzliche Urteil gebunden ist. Doch ist es gerade deswegen unlogisch, wenn Kohlrausch auf der anderen Seite wieder vom Vorherrschen des Dispositionsprinzips vor zweiter Instanz spricht. Entweder es besteht dieses Dispositionsprinzip vor zweiter Instanz: dann aber ist ein ausdrückliches Verbot der r. i. p. nicht mehr nötig, da durch das Dispositionsprinzip der Richter automatisch an die Anträge der Parteien gebunden ist und nicht zu ihren Ungunsten entscheiden kann. Oder aber es wird ein ausdrückliches Verbot aufgestellt: Deshalb nämlich, weil sonst die Möglichkeit bestünde, daß der zweitinstanzliche Richter ein härteres Urteil fällen darf (also nach Officialmaxime verfährt). Daß ein V. r. i. p. nur nötig ist bei Vorherrschen des Officialprinzips, geht sehr deutlich aus der Fassung des § 159 Abs. 2 der basellandschaftlichen StPO hervor, die bestimmt: „Gegenüber den Anträgen der Parteien ist das Obergericht frei. Es darf jedoch das Urteil des Strafgerichtes nicht zuungunsten des Angeklagten abändern, wenn dieser allein dagegen appelliert, oder wenn die Staatsanwaltschaft ihre Appellation ausdrücklich zu seinen Gunsten ergriffen hat.“

Planck³⁾ ist der Ansicht, wenn sich die Gegenpartei beim Endurteile des Unterrichters beruhigt habe, so sei für den Oberrichter keine Veranlassung vorhanden, zu deren Gunsten tätig zu werden, er könne annehmen, daß das Urteil in Beziehung auf sie gerecht sei. Planck meint sogar, wenn man vor der obersten Instanz eine r. i. p. zulasse, sei die Autorität des Richterspruches in Frage gestellt. Dem ist aber entgegenzuhalten, daß jede Abänderung eines erstinstanzlichen Richter-

1) „Deutsches Strafprozeßrecht“. S. 78.

2) a. a. O. S. 17.

3) Systemat. Darstellung des deutschen Strafverfahrens“. S. 518 ff.

spruches als Angriff auf deren Autorität angesehen werden kann, also auch eine reformatio in melius. Überdies kann man umgekehrt behaupten, daß ein Verbot der oberen Instanz die nötige Autorität raube, da ein solches den besser qualifizierten Richtern die Möglichkeit nimmt, in jedem Falle ein ihrer Meinung entsprechendes Urteil zu fällen.

Noch weitere Autoren wollen im Rechtsmittelverfahren das Dispositionsprinzip vorherrschend sehen, so Brügger⁴⁾, Binding⁵⁾, Mayer⁶⁾, Streiff⁷⁾ und Schwarze⁸⁾. Schwarze weist zwar darauf hin, daß der Oberrichter das materielle Recht tunlichst verwirklichen solle, jedoch schreibt er dann, er solle sich nur soweit mit der Sache befassen, als das Befinden der Parteien es ihn heißt.

Gerber⁹⁾ analysiert die einzelnen Rechtsmittel inbezug auf Dispositions- oder Officialmaxime und kommt — im Gegensatz zu den bisher zitierten Autoren — zum Schluß, daß es verfehlt sei, von einem Dispositionsprinzip vor zweiter Instanz zu sprechen.

Da ist zunächst das Berufungsverfahren, das sich recht eigentlich als neues Hauptverfahren darstellt, in dem der Richter selbständig über den Sachverhalt urteilt. Bindungen an Parteianträge bestehen nicht, da ja oft — wenn die Berufung mündlich erklärt wurde — gar keine solchen bestehen. Wohl kann bei einer Appellation des Angeklagten seine Absicht erraten werden, aber ein präziser Antrag im prozessualen Sinne besteht nicht. Von einer Begründung des V. r. i. p. aus einem angeblichen Dispositionsprinzip des Berufungsverfahrens kann also nicht gesprochen werden.

Von einem Dispositionsprinzip beim Kassationsverfahren kann ebenfalls nicht gesprochen werden, wenigstens nicht in dem Sinne, um daraus ein V. r. i. p. abzuleiten. Denn Zweck des Kassationsverfahrens ist nicht die Abänderung eines Urteils, sondern die Untersuchung, ob beim bestehenden Urteil ein Nichtigkeitsgrund bestehe, und im bejahenden Falle das betreffende Urteil aufzuheben. Wird das Urteil aufgehoben und die Sache rückverwiesen, so kann zum vornherein nicht von einem Dispositionsprinzip die Rede sein, da die zuständige Instanz von Grund auf neu verhandeln muß und gar kein Urteil besteht, an das sie gebunden werden könnte.

Dasselbe ist schließlich von der Revision zu sagen, die ebenfalls eine völlige Neuverhandlung ist, umso mehr, als der Sachverhalt durch

4) a. a. O. S. 29 ff.

5) „Grundriss des deutschen Strafprozessrechts“. S. 185.

6) Kommentar zur österr. StPO, Bem. zu § 290.

7) „Die Strafrechtspflege des Kt. Glarus“. S. 303 ff.

8) „Über den Devolutiveffekt der Rechtsmittel“. S. 285 ff.

9) a. a. O. S. 76.

neu entdeckte Beweise oder andere wichtige Faktoren einen ganz andern Aspekt erhält.

Bei der Untersuchung, ob vor zweiter Instanz wirklich das Dispositionsprinzip vorherrsche, muß vor allem darauf hingewiesen werden, daß es jedenfalls nicht konsequent durchgeführt ist: an die Anträge der Staatsanwaltschaft ist der zweitinstanzliche Richter, wie wir weiter oben gesehen haben, überhaupt nicht oder doch viel weniger gebunden wie an die Anträge des Angeklagten. Herrscht Dispositionsprinzip vor, so ist der Richter an jeden Parteienantrag gebunden, an den des Angeklagten, des Geschädigten und des Staatsanwaltes. Man kann natürlich eine ausdrückliche Ausnahme vom Dispositionsprinzip festlegen, dies ist aber in keiner Gesetzgebung geschehen. Es wird höchstens im Zusammenhang mit dem V. r. i. p. bestimmt, daß das Verbot nicht gegenüber dem Staatsanwalt gelte. Das V. r. i. p. und die Dispositionsmaxime aber sind zwei verschiedene Dinge.

Sodann weist Pfenninger¹⁰⁾ bezüglich des zürcherischen Strafprozesses auf eine Unstimmigkeit hin: Während § 399 das V. r. i. p. aufstellt, enthält der § 400 eine der Dispositionsmaxime entgegengesetzte Bestimmung, wonach ein Gericht das Urteil auch dann zugunsten aller Verurteilten abzuändern vermag, wenn von mehreren nur einzelne ein Rechtsmittel ergriffen haben. „Diese Gegenüberstellung zeigt, daß das Verbot im zürcherischen Recht weder mit der Dispositionsmaxime, die angeblich das Rechtsmittelverfahren beherrscht, noch mit der Theorie von der relativen Rechtskraft erklärt werden kann — der Richter ist befugt, über das Begehren des appellierenden Angeklagten hinauszugehen.“

Zugegeben ist, daß bei Bestehen der Dispositionsmaxime vor zweiter Instanz das V. r. i. p. logisch abgeleitet werden könnte. Nun haben wir aber bereits auf zwei Punkte hingewiesen, die das Vorherrschen der Dispositionsmaxime erheblich in Frage stellen. Zuallermindest ist die Dispositionsmaxime nicht logisch durchgeführt.

Überdies ist nicht ohne weiteres einzusehen, weshalb das Offizialprinzip, das den Strafprozeß beherrschen sollte, vor zweiter Instanz plötzlich aufhören müsse. Schließlich sollte das Verfahren dem Forschen nach der materiellen Wahrheit Vorschub leisten, und demgemäß auch das höchste Ziel der zweiten Instanz das Fällen eines gerechten Urteils sein. Die Anträge der Parteien sollten im Strafprozeß keinen Einfluß auf die richterliche Rechtsfindung haben. Gerade im Strafrecht sollte der Anspruch des Staates, der verletzten Allgemeinheit, auf eine gerechte Bestrafung an erster Stelle stehen. Und demgemäß sollte der oberinstanzliche Richter in seiner Beurteilung in keiner Rich-

10) „Die zürcherische Strafprozeßreform“. S. 340 ff.

tung hin eingeschränkt sein. Das Rechtsmittel ist nur insofern eine Wohltat für den Angeklagten aufzufassen, als es ihn vor ungerechten Verurteilungen schützen soll; niemals aber kann die Wohltat des Rechtsmittels so weit gehen, daß es ihn einer gerechten Verurteilung entzieht.

Auch Probst ¹¹⁾ ist der Ansicht, daß das Dispositionsprinzip im Strafverfahren keinen Platz habe, da dasselbe vollständig vom Offizialprinzip beherrscht werden müsse. Nur bei einem mangelhaft ausgestalteten Appellationsverfahren, wo keine Garantie bestehe, daß der zweitinstanzliche Richter auch wirklich besser informiert sei, habe das V. r. i. p. eine gewisse Berechtigung.

Da das ganze Strafverfahren unter dem Zeichen der Erforschung der materiellen Wahrheit steht, neige ich eher dazu, das Bestehen der Dispositionsmaxime vor zweiter Instanz logischerweise zu verneinen. Übrigens ist das Prinzip der Beschränkung auf die Parteivorbringen, wie bereits erwähnt, nicht konsequent durchgeführt. Das Verfahren vor zweiter Instanz ist streng genommen im Offizialprinzip gehalten, mit Ausnahme des Verbotes der r. i. p. bei einer alleinigen Rechtsmittelergreifung des Angeklagten, dessen Antrag auf mildere Bestrafung in angemessenem Rahmen berücksichtigt werden muß. Es geht also nicht an, zu behaupten, das V. r. i. p. sei eine Folge des Dispositionsprinzips vor zweiter Instanz. Es ist im Gegenteil die einzige Ausnahme des auch in zweiter Instanz vorherrschenden Offizialprinzips. Nicht das V. r. i. p. ist eine Folge des Dispositionsprinzips, sondern erst durch das V. r. i. p. gewinnt das Verfahren vor zweiter Instanz den Anschein, als ob gewisse Prinzipien der Parteimaxime durchgeführt seien.

Daß vor zweiter Instanz kein Dispositionsprinzip herrscht, geht auch daraus hervor, daß es dem Rechtsmittelrichter erlaubt ist, die Tat nach seinem Gutdünken bei gleichbleibender Strafe rechtlich schwerer zu qualifizieren. — Wir erhalten also immer mehr das Bild, daß auch vor zweiter Instanz das Offizialprinzip besteht, und nur durch das Verbot, dem allein ein Rechtsmittel ergreifenden Angeklagten gegenüber eine strengere Strafe als die vorinstanzliche auszusprechen, durchbricht dieses Offizialprinzip.

Die Parteien leiten wohl das Verfahren vor der Rechtsmittelinstanz ein. Sie sind aus diesen oder jenen Gründen nicht einverstanden mit dem erstinstanzlichen Urteil, und verlangen deshalb eine neuerliche Überprüfung des Falles durch einen höheren Gerichtshof. In dem Moment aber, wo das Verfahren eingeleitet ist, hört die Parteidisposition auf. Die Parteien können zwar Anträge stellen, aber die ganze Tat-

11) a. a. O. S. 220 ff.

bestandswürdigung durch den Rechtsmittelrichter wird frei und nach eigenem Urteilsvermögen vorgenommen, ohne jede Bindung an Parteianträge. Übrigens ist, streng genommen, das V. r. i. p. auch gar keine Bindung an einen Parteiantrag, sondern das Verbot wird begründet aus der erstinstanzlich ausgefallten Strafe. Nicht der Antrag des Angeklagten auf mildere Bestrafung wird in Betracht gezogen, sondern es wird frei geurteilt, und als äußerste Grenze gilt die unterinstanzliche Strafe, die nicht überschritten werden darf. Also ein weiteres Indiz für die Unhaltbarkeit der Theorie, vor zweiter Instanz herrsche das Dispositionsprinzip, geschweige denn, das V. r. i. p. sei eine Folge desselben.

Verwandt mit dem Dispositionsprinzip und ebenfalls das Verfahren vor zweiter Instanz berührend, ist die Herleitung des V. r. i. p. aus der sog. relativen Rechtskraft, worauf bereits hingewiesen wurde (cit. Pfenninger). Voraussetzung ist, daß das erstinstanzliche Urteil nicht oder noch nicht vollständig in Rechtskraft erwachsen ist, ein Fall also, der in erster Linie die Appellation betrifft. Durch die Ergreifung der Appellation wird das erstinstanzliche Urteil in seiner Wirkung suspendiert. Aus dieser Tatsache heraus leiten verschiedene Autoren eine sog. relative Rechtskraft her, die folgendermaßen konstruiert ist:

Es wird davon ausgegangen, daß die Rechtskraft des Urteils gegenüber derjenigen Partei suspendiert sei, die ein Rechtsmittel ergriffen habe, während das Urteil der nicht appellierenden Partei gegenüber in Rechtskraft erwachse. Sie habe es nicht angefochten, also als gerecht akzeptiert. Brügger¹²⁾ spricht dabei von „subjektiv relativer Rechtskraft“.

Schwendener¹³⁾ stellt die objektive Rechtskraft der subjektiv relativen Rechtskraft gegenüber: Es sei nichts als eine strenge Konsequenz, wenn man aus der Lehre der objektiven Rechtskraft das V. r. i. p. folgere. Wenn dem Oberrichter regelmäßig die Befugnis abgesprochen werde, zugunsten des Beschwerdeführers von Amtes wegen einzuschreiten, so werde ihm durch diesen Grundsatz das noch viel weitergehende Recht genommen, von Amtes wegen zugunsten des Gegners tätig zu werden. Lasse der Anfechtungsberechtigte eine Rechtsmittelfrist verstreichen, so sei in Richtung gegen und für ihn relative Rechtskraft eingetreten (subj. rel. Rechtskraft).

Diese Konstruktion des V. r. i. p. aus einer angeblich relativen Rechtskraft ist aber recht diskutabel. Das zeigt sich schon, wenn wir

12) a. a. O. S. 29 ff.

13) „Das Rechtsmittel der Berufung im schweiz. Strafproz.“. S. 122 ff.

mit Gerber ¹⁴⁾ dem Ursprung dieser Theorie nachgehen. Sie beruht (nach Gerber) offensichtlich auf einer im allgemeinen Inquisitionsprozeß ausgebildeten Ansicht über die Rechtskraft freisprechender Erkenntnisse. Man war der Ansicht, ein freisprechendes Urteil ginge sofort mit der Verkündung in Rechtskraft über. Nun konstruierte man weiter: Ein verurteilendes Urteil ist nur insoweit verurteilend, als es nicht freispricht, frei spricht es aber insoweit, als es den Angeklagten behaupteter Tatsachen nicht für schuldig erklärt. Daß diese Theorie aber unhaltbar ist, liegt auf der Hand. Denn da im Prozeß der Strafprozeßordnung von einer sofortigen Rechtskraft freisprechender Urteile nicht mehr die Rede ist, fällt damit auch die aus dieser abgeleitete Möglichkeit freisprechender Teile des Urteils.

Durch eine relative Rechtskraft büßt das Urteil teilweise seine Wirkung ein: Es soll einer Partei gegenüber in Rechtskraft erwachsen, während es der andern Partei gegenüber noch abgeändert werden kann. Ein Urteil aber bildet m. E. ein unteilbares Ganzes, ebenso seine Rechtskraft. Wird das Urteil vor zweiter Instanz abgeändert, so gilt diese Abänderung gegenüber beiden Parteien, beide haben sich der neuen Sentenz zu beugen. Ist das Urteil suspendiert, so gilt dies für jeden seiner Punkte. Andernfalls müßte man den nicht Appellierenden an ein Provisorium binden: Ihm gegenüber wäre das Urteil bereits in Kraft; dasselbe Urteil aber kann vor zweiter Instanz wieder abgeändert werden.

Hierzu ist ferner zu bemerken, daß am Prozeß nicht nur der Staatsanwalt und *ein* Angeklagter, sondern auch der Staatsanwalt und *mehrere* Angeklagte beteiligt sein können. Zu was für Unzukömmlichkeiten es aber führt, wenn nur ein Angeklagter allein das Urteil anfecht, zeigt uns ein preußischer Entscheid (sich beziehend auf § 126 der VO vom 3. Januar 1849 und Art. 101 des Gesetzes vom 3. Mai 1852) ¹⁵⁾: Vor erster Instanz wurden drei Angeklagte verurteilt, einer wegen Betruges, die andern zwei wegen Teilnahme. Alle drei appellierten. Der Appellationsrichter fand, daß nicht das Vergehen des Betruges, sondern das Verbrechen des Raubes in ihrer Handlung liege. Er hob daher das erste Urteil wegen Inkompetenz auf und wies die Sache an das Schwurgericht.

Der Haupttäter und ein Teilnehmer beruhigten sich dabei, während der zweite Teilnehmer (Schulze A. P.) Nichtigkeitsbeschwerde einlegte. Das Ober-Tribunalgericht vernichtete hierauf am 9. September 1863 mit Bezug auf ihn als dem alleinigen Beschwerdeführer das Appellationsurteil und wies die Sache in die zweite Instanz zurück.

14) a. a. O. S. 98.

15) „Archiv für preußisches Strafrecht“. Band 13, S. 204.

Denn, da nur A. P. die Nichtigkeitsbeschwerde eingelegt habe, somit für ihn relative Rechtskraft des Urteils eingetreten sei, habe der Appellationsrichter nicht nur in Bezug auf die Höhe der Strafe, sondern auch hinsichtlich der Kompetenz nicht in peius reformieren dürfen.

Inzwischen war nun inbezug auf die beiden andern, welche sich bei jener Verweisung vor das Schwurgericht durch das Appellationsurteil beruhigt hatten, das schwurgerichtliche Verfahren wegen Raubes eingeleitet. Sie wurden von den Geschworenen nichtschuldig erklärt und deshalb freigesprochen.

Es blieb also noch die durch das Urteil des Ober-Tribunals in die zweite Instanz zurückgewiesene Appellation des Schulzen A. P. zu erledigen.

Das Appellationsgericht erkannte auf Freisprechung von der Anklage des Betrugers. Denn bedenklich sei es an sich schon, nachdem der Täter inzwischen freigesprochen worden ist, weil in der Handlung nichts Strafbares gefunden worden, nunmehr noch die Sache gegen den jetzigen Angeklagten als bloßen Teilnehmer zu verfolgen.

Insofern kann § 400 der zürcherischen StPO nur begrüßt werden, der ausführt: „Haben von mehreren Verurteilten nur einzelne ein Rechtsmittel ergriffen, so kann das Gericht das Urteil auch zu Gunsten der übrigen abändern.“

In dem Moment aber kann nicht mehr von relativer Rechtskraft gesprochen werden.

Abgesehen davon, daß die Konstruktion der relativen Rechtskraft hinkt, muß darauf hingewiesen werden, daß auch sie gegen das Offizialprinzip verstößt.

So wendet sich denn Lauckner ¹⁶⁾ gegen die Herleitung des Verbotes aus der relativen Rechtskraft: Warum, so fragt er, soll der Antrag in zweiter Instanz plötzlich andere Folgen haben? Vor zweiter Instanz herrsche doch genau so das Offizialprinzip wie vor der ersten.

Kleinschrod ¹⁷⁾ weist darauf hin, daß durch das Rechtsmittel das ganze Urteil in seiner Rechtskraft suspendiert und der Richter im Grunde genommen spreche, als ob noch kein Urteil erlassen worden sei.

Norden ¹⁸⁾ schließlich stellt fest, daß das V. r. i. p. nicht mit der Lehre von der relativen Rechtskraft erklärt werden könne: „Nicht weil das erste Urteil, soweit es dem Angeklagten günstig ist, unänderlich wird, sondern umgekehrt, weil die reformatio in peius verboten ist, besteht eine relative Rechtskraft der von ihm nicht angegriffenen Teile des Urteils.“

16) a. a. O. S. 86 ff.

17) „Archiv des Kriminalrechts“. II. Band. S. 33 ff.

18) „Zum Verbot der reformatio in peius“. S. 781 ff.

Das V. r. i. p. kann also nicht aus einer angeblich relativen Rechtskraft abgeleitet werden; einmal weil, wie vorstehend gezeigt, auch vor zweiter Instanz das Offizialprinzip herrscht, sodann aber auch, weil die konsequente Durchführung der relativen Rechtskraft sich im weiteren Prozeßverlauf als unpraktisch erweisen würde.

Zusammenfassend kann gesagt werden, daß die Herleitung des V. r. i. p. aus dem Dispositionsprinzip (und der relativen Rechtskraft) nicht überzeugend ist. Erstens ist das Dispositionsprinzip vor zweiter Instanz nicht konsequent durchgeführt (man beachte die ganz verschiedenen Folgen, wenn ein Rechtsmittel von der Staatsanwaltschaft ergriffen worden ist!), und zweitens kann man sich erst noch darüber streiten, ob nun das V. r. i. p. wirklich ein Ausfluß der angeblich vor zweiter Instanz zu einem ganz ähnlichen Resultat herrschenden Dispositionsmaxime ist, oder umgekehrt.

Nehmen wir einmal an, es herrsche die Offizialmaxime, durchbrochen im Falle der Rechtsmitteleinlegung seitens des Angeklagten vom V. r. i. p. Wie man nach einiger Überlegung herausfinden wird, kommt die Urteilsfindung vor zweiter Instanz zu einem ganz ähnlichen Resultat, wie wenn man vom Dispositionsprinzip ausgehen würde: Bei der Rechtsmitteleinlegung des Staatsanwaltes ist der oberinstanzliche Richter in seiner Beurteilung ungebunden; hingegen ist er im Falle der Rechtsmitteleinlegung des Angeklagten insofern an deren Antrag gebunden, als er das unterinstanzliche Urteil nicht verschärfen darf. Der bereits zitierte § 159 der basellandschaftlichen StPO (und übrigens auch § 250 der StPO von Basel-Stadt) lassen am deutlichsten die Vorherrschaft des Offizialprinzips erkennen, eingeschränkt durch das V. r. i. p. — Der Gedanke, auf den schon Norden hingewiesen hat, (für die relative Rechtskraft), liegt nicht fern, daß man das Verbot nicht als eine Folge des Dispositionsprinzips betrachtet, sondern umgekehrt, weil das V. r. i. p. für die obere Instanz aufgestellt wird, sieht es so aus, als ob das Dispositionsprinzip vorherrsche.

2. Die Herleitung des Verbotes aus Billigkeitsrücksichten

Neben der Dispositionsmaxime wird im allgemeinen versucht, das V. r. i. p. mit der Überlegung zu rechtfertigen, es sei nicht billig, einen auf Milderung des Urteils hoffenden Angeklagten durch das Schärfungsrecht der zweiten Instanz abzuschrecken. Diese Überlegung fußt nun auf einem ganz andern Gebiet als diejenige der Herleitung des Verbotes aus der Dispositionsmaxime. Während letztere auf rein prozeßtechnischen Fragen fußt, geht der Grundsatz der Billigkeit mehr in das Gebiet der Humanitätsrücksichten, er beleuchtet die Stellung des

Angeklagten im Strafprozeß vom menschlich-psychologischen Standpunkt aus; die Fragen, die dadurch aufgeworfen werden, sind weniger bestimmt, sie sind diskutablerer Natur, und daher bleibt auch die Antwort, die man darauf geben kann, bis zu einem gewissen Grade immer relativer Art.

Jedoch darf darauf hingewiesen werden, daß — wenn man einmal den Standpunkt eingenommen hat, das V. r. i. p. sei aus Billigkeitsrücksichten einzuführen — sich dessen Rechtfertigung klarer abgrenzen läßt. Zwar kann man, wie wir gesehen haben, aus der Dispositionsmaxime das Verbot einwandfrei ableiten; doch ist es sehr fraglich, ob vor zweiter Instanz überhaupt die Dispositionsmaxime vorherrscht. Hier jedoch muß man sich nicht mit prozeßtechnischen Fragen herumschlagen. Im Mittelpunkt des Problemkomplexes steht der Angeklagte, und von seinem Standpunkt aus wird das Für oder Wider eines Verbotes behandelt. Man will dem Angeklagten ein gesichertes, keiner Willkür unterworfenen Strafverfahren verschaffen. Sicherung dadurch, daß er nicht nur Rechtsmittel ergreifen darf, sondern daß dieselben, hat er sich einmal dazu entschlossen, sich nicht zu seinem Nachteil auswirken können. Schutz soll dem Angeklagten gewährt werden vor einer eventuellen Willkür der zweiten Instanz, die das vom Angeklagten begangene Delikt unter Umständen strenger beurteilen könnte als die erste.

Gerber¹⁹⁾ will sogar das V. r. i. p. als ursprünglich nur auf diesen Rücksichten gegründete Maßnahme verstehen, eine strafpolitische Maßnahme, die den Zweck hatte, die Härten der einseitig verurteilenden Tendenz des gemeinen Prozesses zu mildern, indem es dem Angeklagten Schutz gegen die Willkür der Inquirenten gewährte. Die Ableitung des Verbotes aus dem Gesetze, aus der Rechtskraft, bezeichnet Gerber als „Verschleierung des Charakters des Verbotes“. Diese letztere Begründung sei zu Beginn des 19. Jahrhunderts stark erschüttert worden, „indem die äußeren Stützen mit der besseren Erkenntnis des Rechtskraftproblems zusammenfielen.“

Der Gedankengang der Billigkeitsrücksichten kommt vielleicht bei Streiff²⁰⁾ am deutlichsten zum Ausdruck. Auch Schwendener²¹⁾ ist der Ansicht, das V. r. i. p. sei hergeleitet aus einem Gebot der Billigkeit. „Die Garantie kann dem Angeklagten durch die Aufstellung eines Verbotes der reformatio in peius gegeben werden.“

Arnold²²⁾ spricht im Falle der Befugnis zur r. i. p. von einem „Rechtsmittel, welches einem heroischen Arzneimittel gleicht, in dessen

19) a. a. O. S. 147.

20) a. a. O. S. 302 ff.

21) a. a. O. S. 122 ff.

22) „Unbedingte Unzulässigkeit der reformatio in peius“. S. 211.

Folge der Kranke auch sterben kann. Der Verbrecher — ein Unglücklicher, obwohl durch eigene Schuld — gleicht dem Spieler, welcher durch die Möglichkeit eines Verlustes nicht abgehalten wird, sein Vermögen nach zweifelhaftem Gewinn auszuwerfen.“

Man mag das Verbot aus Billigkeitsrücksichten vertreten wie man will — auch in der phantasiereichen Art Arnolds — festzuhalten bleibt immer, daß es mit einer strengen Durchführung der Officialmaxime unvereinbar ist. Findet einmal eine Verhandlung vor zweiter Instanz statt, so müßte dieselbe die volle Freiheit haben, ein der nunmehrigen Sachlage entsprechendes Urteil fällen zu dürfen. Darauf verweist z. B. auch von Kries²³⁾. Während von Kries jedoch weiterfährt, es erscheine unbillig, diese strenge Forderung zu ziehen, und ein V. r. i. p. aus Billigkeitsgründen bestehen lassen will, geht Felder²⁴⁾ einen Schritt weiter: Er ist der Ansicht, daß das Officialprinzip des Strafprozesses gegen jede Begünstigung des Angeklagten sei. Zudem stelle die Möglichkeit einer r. i. p. „ein vorzügliches Mittel gegen frivolen Rechtsmittelgebrauch dar“. Ähnlich Werder²⁵⁾, Brachvogel²⁶⁾ und Norden²⁷⁾.

Am schärfsten wendet sich Lauckner²⁸⁾ gegen die Einführung des Verbotes aus Humanitätsrücksichten, für das es kein ungeeigneteres Gebiet geben könne, als die Rechtspflege, bei der doch ausschließlich der Gesichtspunkt der Gerechtigkeit in Betracht käme, ganz abgesehen davon, daß dieses übertriebene Mitleid gerade mit der Klasse der Verbrecher auch rein menschlich nicht recht einzusehen sei.

Man kann jedoch den Billigkeitsrücksichten gegenüber dem Angeklagten begegnen, ohne eine zu starke persönliche Stellungnahme zu beziehen — sie geht vom „unglücklichen Angeklagten ohne eigene Schuld“ bis zum „übertriebenen Mitleid gerade mit der Klasse der Verbrecher“. Diese Skala der Sympathien bis zur Antipathie nicht berührend, kann ganz objektiv zugegeben werden, daß der Gedanke der Abschreckung des Angeklagten durch das Schärfungsrecht der oberen Instanz durchaus verständlich ist. Es soll nun aber im Zusammenhange damit die Tätigkeit der zweiten Instanz näher beleuchtet werden. Einmal kann man sich fragen, ob ein Angeklagter, der ein Rechtsmittel ergreifen will, durch die Möglichkeit einer r. i. p. sich tatsächlich von der Rechtsmittelergreifung abhalten läßt. Zweifellos ist ein gewisses Risiko vorhanden, daß die zweite Instanz zu einer strengeren Beur-

23) a. a. O. S. 662 ff.

24) „Die Appellation im luzern. Strafverfahren“. S. 101 ff.

25) „Das Rechtsmittelsystem des aarg. Strafprozeßrechtes“. S. 174 ff.

26) a. a. O. S. 206 ff.

27) a. a. O. S. 781 ff.

28) a. a. O. S. 85.

teilung der Tat kommt. Praktisch aber ist das doch wohl nur der Fall, wenn der Tatbestand in guten Treuen verschieden streng beurteilt werden kann. Ob aber dem so ist, kann der Angeklagte am besten selbst beurteilen, wenn er das unterinstanzliche Erkenntnis in Händen hat. Wenn er Zweifel darüber hegt, wie seine Sache von der oberen Instanz beurteilt wird, sagt er sich von selbst.: „Ich bin eigentlich vor der untern Instanz noch ganz gut weggekommen“, und sieht von einer Rechtsmittelergreifung ab. Ist er aber wirklich ehrlich überzeugt, daß die unterinstanzliche Verurteilung zu streng ist, so legt er auf alle Fälle ein Rechtsmittel ein, ungeachtet der Folgen, die ein solches haben könnte, im festen Vertrauen darauf, daß die obere Instanz mit den besser qualifizierten Richtern ihm Gerechtigkeit widerfahren lassen wird, denn auch die obere Instanz macht gar nichts anderes, als nach Möglichkeit der Sachlage auf den Grund zu kommen und ein möglichst gerechtes Urteil zu fällen.

Die Kehrseite der Medaille bei einem V. r. i. p. ist nun die, daß sich ein Angeklagter nach der erstinstanzlichen Verurteilung sagt: „Ich will auf alle Fälle ein Rechtsmittel einlegen. Passieren kann mir ja nichts; schlimmstenfalls ist das Resultat der oberinstanzlichen Verhandlung eine Bestätigung des unterinstanzlichen Urteils.“ Daß aber die Möglichkeit einer r. i. p. den Angeklagten vor frivolem Rechtsmittelgebrauch zurückschrecken ließe, wäre nur ein wünschenswertes Resultat.

Man kann sich fragen, für was denn überhaupt eine wahrheitserforschende, intensive, objektive Arbeit der zweiten Instanz in Szene gesetzt wird, wenn doch das V. r. i. p. immer als der große Hemmschuh wirkt. Und wenn die zweite Instanz nach ihrer Untersuchung zu einem Resultat gekommen ist, kann sie das ihrer Ansicht nach angemessene Urteil unter Umständen nicht einmal aussprechen.

Freilich ist es die Absicht des Angeklagten, durch den Gebrauch eines Rechtsmittels wenn irgend möglich zu einem gelinderen Urteil zu gelangen. Im Strafprozeß aber sollte es weniger darauf ankommen, als vielmehr auf ein möglichst der materiellen Wahrheitserforschung entsprechendes Ergebnis. Die Natur der Strafsache als Sache des öffentlichen Rechts verlangt ein gerechtes Urteil, und das ist das einzig Ausschlaggebende.

3. Das Prinzip der materiellen Wahrheitserforschung.

Für das moderne akkusatorische Strafverfahren, das an die Stelle des Inquisitionsprozesses getreten ist, ist das Prinzip der materiellen Wahrheitserforschung von besonderer Bedeutung. Es ist nicht mehr Hauptaufgabe des Richters, ein Geständnis aus dem Angeklagten her-

auszupressen, sondern er muß von sich aus, auf Grund von Indizien, Zusammenhängen und natürlich auch Aussagen des Angeklagten, sich ein Bild machen über die Sachlage. Es verlangt vom Richter „die möglichst wahrheitsgetreue Feststellung des Tatbestandes, unbeeinflußt von jeder tatsächlichen oder rechtlichen Hemmung“.²⁹⁾

Dieses Materialprinzip müßte dann aber in jeder Instanz durchgeführt werden; jeder Richter sollte frei und unabhängig auf die Strafe erkennen können, die ihm nach Durchführung des Verfahrens als die gerechteste und angemessenste erscheint. Daß in einen solchen Rahmen das V. r. i. p. nicht passen würde, ist bereits erwähnt worden.

Wenn nun doch ein V. r. i. p. eingeführt wird, so muß dasselbe als Ausnahmebestimmung anerkannt und als solches behandelt werden: Man sieht zwar ein, daß ein Verbot mit dem Prinzip der materiellen Wahrheitserforschung in Widerspruch steht, statuiert jedoch aus Gründen, die auf andern Überlegungen fußen, ein solches.

Um dem V. r. i. p. zum Durchbruch zu verhelfen, stellt es Birkmeyer³⁰⁾ zusammen mit anderen fundamentalen Grundsätzen des Strafprozesses auf die gleiche Stufe, etwa der Vorschrift, daß den Angeklagten keine Beweislast treffen dürfe, oder daß kein Strafverfahren gegen einen nicht Anwesenden durchgeführt werden dürfe, oder daß nach Eröffnung der Hauptverhandlung nur mehr der Angeklagte die örtliche Unzuständigkeit rügen dürfe, oder dem Rechtssatz „in dubio pro reo“.

Um das V. r. i. p. zu begründen, kann man aber nicht einfach behaupten, es sei feststehender, unumstößlicher Rechtsgrundsatz. Ganz im Gegenteil, das muß ja erst bewiesen werden. Fundamentale Grundsätze des Strafprozesses sind vor allem solche, die sich bereits einheitlich in der Literatur und den Strafprozeßordnungen selbst eingebürgert haben. Ich denke da vor allem an „in dubio pro reo“ und „nulla poena sine lege“. Wie wir aber im Verlauf der Arbeit gesehen haben, ist das Verbot in der Literatur vielfach angefochten worden und hat auch nicht in alle Strafprozeßordnungen Eingang gefunden (z. B. nicht in die Strafprozeßordnungen des nationalsozialistischen Deutschland, von Luzern, Graubünden, Aargau, Nidwalden).

Ganz abgesehen aber davon haben elementare Prozeßgrundsätze den Zweck, den Angeklagten vor Willkür zu schützen. Es ist z. B. durchaus verständlich, warum schon die *Petition of Rights* (1618) dem Angeklagten zusicherte, er dürfe nicht verhaftet werden, ohne innerhalb vierundzwanzig Stunden zu wissen, auf Grund welches Tatbestandes diese Verhaftung erfolgt sei. Auch die Grundsätze „in dubio

29) Pfenninger, a. a. O. S. 61 ff.

30) a. a. O. S. 380.

pro reo und „nulla poena sine lege“ wollen den Angeklagten vor einer eventuellen Willkür der Strafjustiz sichern. Ist aber der Willkür ohne ein V. r. i. p. Tür und Tor geöffnet? — Die zweite Instanz würde nach der Officialmaxime die materielle Wahrheit erforschen und ihr Urteil dem Resultat entsprechend fällen. — Daß dadurch aber irgend ein berechtigtes Interesse des Angeklagten verletzt sei, wird wohl kaum behauptet werden können. Auch Thode³¹⁾ erwähnt, das V. r. i. p. sei kein unumstößlicher Grundsatz des Strafprozesses, sondern finde seine geschichtliche Begründung in unklaren Billigkeitserwägungen.

Es stellt sich die Frage, ob das V. r. i. p. so unumgänglich notwendig ist, um deshalb den Grundsatz der materiellen Wahrheit vor zweiter Instanz illusorisch werden zu lassen.

Eine Reihe von Autoren kommt zur Verneinung dieser Frage, so Dohna³²⁾, Felder³³⁾, Werder³⁴⁾ und Norden³⁵⁾.

Felder stellt fest, das V. r. i. p. habe im luzernischen Verfahren keinen Eingang gefunden, da reines Officialprinzip vorherrsche. „Nach den Grundsätzen des luzernischen Strafverfahrens hat sowohl der erstinstanzlich wie auch der Appellationsrichter von Amtes wegen, unabhängig von den Parteianträgen, und nach seiner freien, unbeeinflussten Überzeugung eine Rechtsfrage zu beurteilen. Es ist lediglich schon eine Autoritätsfrage und ein Moment des Zutrauens, die Überzeugung des oberen Richters, der als besser instruiert gelten sollte, nicht durch die Abhängigmachung des richterlichen Ermessens vom unteren Urteil zu stören. Es würde sich mit der Vorstellung ernster Justizpflege kaum vereinbaren lassen, ein durch weitläufige Beweisaufnahmen kompliziertes Verfahren zu veranlassen, das sich zum Ziele setzt, ein der materiellen Wahrheit möglichst entsprechendes Bild der Sachlage zu schaffen und dann dem Richter das Recht zu versagen, den dieser Sachlage angemessensten Urteilsspruch zu fällen.“

Norden macht auf Unzukömmlichkeiten in der Praxis aufmerksam: „Wer jemals in einer Berufungskammer als Richter tätig gewesen ist, wird häufig das unbefriedigende Gefühl gehabt haben, daß die hier gefällten Urteile ein Ergebnis bildeten, welches der wahren Sachlage nicht entsprach. Wie oft muß der Vorsitzende bei der Verkündung des Urteils das Bedauern des Gerichtes aussprechen, daß nicht auch die Staatsanwaltschaft die Berufung eingelegt habe, weil eine höhere Strafe als die vom Schöffengericht erkannte angemessen erscheine. Zunächst ist schon nicht selten die rechtliche Beurteilung der Straftat in

31) a. a. O. S. 53.

32) „Das Strafprozeßrecht“. S. 176.

33) „Die Appellation im luzern. Strafverfahren“. S. 101 ff.

34) „Das Rechtsmittelsystem des arg. Str. Pr. Rechtes“. S. 174.

35) a. a. O. S. 781 ff.

beiden Instanzen eine völlig verschiedene. Bei gleicher rechtlicher Beurteilung differiert das Strafmaß.“

Wie weiter oben festgestellt wurde, kommt es vor allem dann zu Unzukömmlichkeiten, wenn die zweite Instanz die rechtliche Qualifikation zwar verschärfen, die Strafe aber nicht erhöhen darf.

Durch ein V. r. i. p. wird jedenfalls der logische Gang des Verfahrens gehemmt und dem Oficialprinzip ein Riegel gestoßen. Es wäre bestimmt übertrieben, zu behaupten, die reine Durchführung des Oficialprinzips schließe die untragbare Benachteiligung des Angeklagten in sich. Die einzige Folge des rein durchgeführten Oficialprinzips wäre die, daß die zweite Instanz ungehindert in ihrer Ansicht entsprechendes Urteil fällen kann. Dadurch würde zwar das V. r. i. p. ausgeschaltet; doch wurde festgestellt, daß gerade durch das V. r. i. p. das Rechtsmittel gewissermaßen zu einem Benefizium für den Angeklagten umgeformt wird. Ob ein Rechtsmittel aber lediglich dazu da ist, den Angeklagten besser zu stellen, ist fraglich. Zweifellos enthält die Möglichkeit der Weiterziehung an eine zweite Instanz eine Verbesserung, eine Sicherung für die Parteien. Sicherung aber in dem Sinne, daß der ganze Strafprozeß durch die Möglichkeit, die Frage durch ein Kollegium von höheren Richtern nochmals prüfen lassen zu können, zuverlässiger, gewissenhafter erscheint. Vergleichbar also mit dem Wort „Vier Augen sehen mehr als zwei“, oder „Doppelt genährt hält besser“. In diesem Sinne also ist die Einführung eines Rechtsmittels zu verstehen. Durch das V. r. i. p. aber wird der Zweck des Rechtsmittels verändert, jetzt steht die „Sicherung des Angeklagten um jeden Preis“ im Vordergrund. Das kann aber nicht das Ziel einer verantwortlichen Rechtspflege sein. Dem Angeklagten soll Gerechtigkeit widerfahren, gewiß, und bestimmt soll er im Strafverfahren vor Willkür geschützt werden. Das Urteil soll seinem Delikt entsprechend ausfallen, es soll gesetzlich sein. Das V. r. i. p. aber schießt über dieses Ziel hinaus.

Zudem sei auf folgenden Punkt bei der Appellation hingewiesen: Um das V. r. i. p. (bei alleiniger Appellation des Angeklagten) wirkungslos zu machen, ist die sogenannte Anschlußappellation der Staatsanwaltschaft vorgesehen. Wenn die Staatsanwaltschaft also findet, der Angeklagte verdiene das Benefizium der V. r. i. p. nicht, erklärt auch sie die Appellation, und die zweite Instanz beurteilt frei von jeder Einschränkung den Tatbestand.

Durch das Tätigwerden der Staatsanwaltschaft, einer staatlichen Instanz also, kann erreicht werden, daß der Oberrichter die Sachlage nach reinem Oficialprinzip beurteilt. Aber auch der Oberrichter ist eine staatliche Instanz. Auch er kann beurteilen, ob der Angeklagte im Rechtsmittelverfahren günstiger oder weniger günstig weg-

kommen soll. Im Endresultat kommt es also auf dasselbe hinaus, ob der Oberrichter von sich aus in peius reformiert oder ob durch die Staatsanwaltschaft das V. r. i. p. ausgeschaltet und so der Möglichkeit einer freien Urteilsfindung Raum gegeben wird. Durch die Weglassung des V. r. i. p. zum vornherein aber würde der einfachere Weg beschritten: Das V. r. i. p. gilt für den Angeklagten ja nur, wenn er allein das Rechtsmittel ergriffen hat. Ob aber nun der Staatsanwalt oder der Oberrichter — die beide die materielle Wahrheit erforschen sollen — dafür halten, daß im konkreten Fall in peius reformiert werden solle, kommt letzten Endes auf dasselbe hinaus. Eine StPO mit V. r. i. p. und Anschlußappellation ist also im Resultat gleich wie eine StPO mit reiner Durchführung des Offizialprinzips.

4. Zusammenfassung

Prozeßtechnisch am logischsten ließe sich das V. r. i. p. aus dem Dispositionsprinzip ableiten. Wie wir jedoch im Verlaufe der Untersuchung herausgefunden haben, kann man in keiner Weise zum vornherein für alle Strafprozeßordnungen dieses Prinzip in den Rechtsmittelinstanzen annehmen. Herrschend ist vielmehr das Offizialprinzip, und nur durch das Verbot selbst erhält man vielfach den Eindruck, es herrsche vor zweiter Instanz das Dispositionsprinzip.

Daß das V. r. i. p. als „feststehender Grundsatz der Rechtsordnung“ berücksichtigt werden muß, kann ebenfalls nicht gehört werden. Dazu ist es in Literatur und Praxis zu umstritten.

Eventuell könnte man noch Billigkeitsrücksichten gegenüber dem Angeklagten geltend machen. Vor allem das Moment, daß er durch die Möglichkeit einer r. i. p. von der Ergreifung eines Rechtsmittels abgeschreckt würde. Dem ist aber entgegenzuhalten, daß ein Angeklagter, der wirklich von der Ungerechtigkeit des erstinstanzlichen Urteils überzeugt ist, sich nicht durch die Möglichkeit einer r. i. p. abhalten lassen wird, die Sache weiterzuziehen. Und die zweite Instanz wird auch kaum dazu kommen, den Tatbestand in diesem Falle strenger zu beurteilen. Andererseits wäre die Versuchung für den Angeklagten zu groß, unter allen Umständen ein Rechtsmittel zu ergreifen: durch das Verbot ist er ja geschützt!

Dem kann allerdings entgegengetreten werden durch die Anschlußappellation des Staatsanwaltes, die das Verbot ausschaltet. Genau dasselbe wird aber erreicht, wenn der zweiten Instanz zum vornherein die Möglichkeit einer r. i. p. gegeben wird. Überdies hat diese Lösung den Vorteil, daß dadurch das Offizialprinzip im Strafprozeß konsequent durchgeführt ist und die zweite Instanz zu keinen Verlegen-

heitslösungen gezwungen wird: dahingehend, daß sie die rechtliche Qualifikation zwar verschärfen, die Strafe hingegen nicht der neuen Qualifikation entsprechend ausdehnen darf.

Zweifellos hat heute die Mehrzahl der Strafprozeßordnungen ein V. r. i. p. vorgesehen. Doch wurde durch die vorgehenden Überlegungen gezeigt, daß ein solches Verbot nicht als unumstößlich gelten kann, daß ohne ein solches das Strafverfahren vielmehr konsequenter und auch in einem gewissen Sinne einfacher gestaltet wird, ohne den Angeklagten in seinen prozessualen Rechten zu schmälern oder ihn gar der Willkür preiszugeben.

CURRICULUM VITAE

Am 30. September 1923 wurde ich als Sohn des Dr. Rudolf Bernoulli, Professor für Kunstgeschichte, und der Katharina Bernoulli-Fähndrich in Zürich geboren. In dieser Stadt besuchte ich auch die Primarschule und die Mittelschule „Athenaeum“. Nach bestandener Matur im Frühling 1943 begann ich mein Studium an der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich. Im Herbst 1947 exmatrikulierte ich mich und war dann ein Jahr als Auditor am Bezirksgericht Zürich tätig.

Zu Beginn des Jahres 1950 verlegte ich mein Domizil nach Paris, wo ich an der Sorbonne Kunst- und Literaturgeschichte studierte, um im Sommer ein Certifikat zu erhalten, und im Herbst eine Anstellung in einer Buchhandlung zu versehen.

Ein Jahr später kehrte ich nach Zürich zurück und bestand dann im Frühling 1953 das juristische Doktorexamen.

